

Heinz-Jürgen Petri

DIE GRUNDSCHULD ALS SICHERUNGSMITTEL
FÜR BANKKREDITE

– Zweckerklärung und Rückgewähranspruch –

1975



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41554811_0060

DIE GRUNDSCHULD
ALS SICHERUNGSMITTEL FÜR
BANKKREDITE

- Zweckerklärung und Rückgewähranspruch -

I n a u g u r a l - D i s s e r t a t i o n

zur

Erlangung des akademischen Grades eines Doktors
der Rechte durch den Fachbereich Rechtswissenschaft
der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster

vorgelegt von
Heinz-Jürgen Petri
aus Ahaus



Erstberichterstatter: Prof. Dr. Kollhosser

Zweitberichterstatter: Prof. Dr. Battes

Dekan: Prof. Dr. Kupisch

Tag der mündl. Prüfung: 7.7.1975

INHALTSÜBERSICHT

	<u>Seite</u>
A. EINLEITUNG	1
B. DIE ZWECKERKLÄRUNG	5
I. Der Kreis der gesicherten Forderungen	6
1.) "Alle Ansprüche aus der bankmäßigen Geschäftsverbindung"	7
a) Allgemeines	7
b) Bankmäßige Geschäftsverbindung	7
c) Einzelne Ansprüche und ihre Subsumtion unter die Klausel	10
d) Die "insbesondere aus ..." -Aufführung in den Formularen	29
2.) "Alle Ansprüche aus Geschäftsverbindungen oder sonstigem Rechtsgrund" bzw. "aus jedem Rechtsgrund"	34
a) Durch Abtretung erlangte Forderungen	36
b) Wechselforderungen	37
3.) Rechtsnachfolgeklauseln	37
a) Erforderlichkeit der Klauseln	38
b) Wirkung der Klauseln	44
c) Rechtsnachfolge am Grundstück	48
d) Rechtsnachfolge auf Seiten der Bank	48
II. Die sogenannte "Anrechnungs-Vereinbarung"	53
1.) Identität von Schuldner und Eigentümer	54
a) Rechtslage ohne die Klausel	54
b) Rechtslage bei Geltung der Klausel	64
2.) Verschiedenheit dieser Personen	71
a) Rechtslage ohne die Klausel	71

	<u>Seite</u>
b) Rechtslage bei Geltung der Klausel	71
c) Sonderfälle	75
3.) Rechtsnachfolge	76
III. Die Übernahme der "persönlichen Haftung für die Grundschild" bzw. "für den Grundschildbetrag"	77
1.) Rechtsnatur der "Haftungs-Zusage"	78
a) Identität von Schuldner und Eigentümer	78
b) Deren Nicht-Identität	84
2.) Grundschild und "Haftungs-Zusage"	87
3.) Rechtsbehelfe gegen ein Vorgehen aus Grund- schild und "Haftungs-Zusage"	89
a) Vorfragen	89
b) Materielle und prozessuale Rechtslage	89
4.) "Haftungs-Zusage" und "Anrechnungsvereinbarung"	95
a) Identität von Schuldner und Eigentümer	96
b) Deren Nicht-Identität	99
C. DER RÜCKGEWÄHRANSRUCH	102
I. Rechtliche Grundlage	102
1.) Hypothek und Grundschild	102
a) Anspruch der Bank auf ein voreingetragenes Recht bzw. Rangverbesserung	103
b) Anspruch des Kunden auf Rückerhalt der Grundschild	104
2.) Rechtsgrundlage	105
a) Nichtiger Sicherungsvertrag	106
b) Nicht-Entstehen der gesicherten Forderung	111
c) Teilweise Tilgung der Forderung	117
d) Volle Tilgung der Forderung	119
3.) Der Teil-Rückgewähranspruch	119
a) Sicherung der Geschäftsverbindungs- Forderungen	120
b) Sicherung der Forderungen "aus jedem Rechts- grund"	122
4.) Refinanzierung und Rückgewähranspruch	123

II. Rechtsnatur und Inhalt des Rückgewährschuldverhältnisses	125
1.) Grundsätzliche Rückgewähr-Arten	125
2.) Sicherungsvertraglicher Rückgewähranspruch	126
3.) Anspruch aus § 812 BGB	129
4.) Anspruch aus § 1169 BGB	130
a) Erfüllungs-Art dieses Anspruchs	130
b) Einschränkung durch Sicherungsvertrag	132
5.) Wahlschuldverhältnis	134
a) Rechtliche Möglichkeit	135
b) Partei-Interessen	138
6.) Weisungsbefugnis	139
III. Zur Entstehung des Rückgewähranspruchs	143
1.) Zukünftiger, bedingter oder noch nicht fälliger Anspruch	143
a) Zukünftiger Anspruch	144
b) Bedingter Anspruch	145
c) Noch nicht fälliger Anspruch	146
d) Weitere Bedenken	146
2.) Einredebehafteter Anspruch	147
a) Differenzierung nach rechtlicher Grundlage	147
b) Späteres Neu-Entstehen von Forderungen	149
c) Teil-Rückgewähranspruch	149
IV. Der Inhaber des Rückgewähranspruchs bei Gesamtgrundschulden	151
1.) Entstehungsmöglichkeiten einer Gesamtgrundschuld	152

	<u>Seite</u>
2.) Rückgewähranspruchsinhaber	153
a) Im gesetzlich geregelten Fall	154
b) Bei Teilung eines Grundstücks	155
c) Bei Bildung von Miteigentum am Grundstück	155
d) Bei Grundschuldbestellung an Miteigentums- anteilen	156
e) Bei gemeinsamer Bestellung einer Grundschuld am gesamten Miteigentümer-Grundstück	156
f) Sicherung gemeinschaftlicher Verbindlichkei- ten durch Grundschuldbestellung eines der Schuldner	161
V. Die Folge der Erfüllung des Rückgewähranspruchs	164
1.) Rückgewähranspruch des Eigentümers	164
2.) Abgetretener Rückgewähranspruch	164
a) Rückübertragung und Löschung	164
b) Verzicht	164
3.) Das Ende des Rückgewähranspruchs	168
a) Rückgewähr	168
b) Verwertung der Grundschuld	168
VI. Sicherung des Rückgewähranspruchs	170
1.) Eintragbarkeit und Notwendigkeit einer Vor- merkung	170
a) Möglichkeit einer Vormerkung nach § 883 BGB	170
b) Differenzierung nach Grundlage und Rechts- natur des Anspruchs	172
c) Erforderlichkeit der Vormerkung	172
2.) Erzwingbarkeit einer Vormerkungseintragung	174
a) Bewilligung durch die Bank	174
b) Anspruch auf diese Bewilligung	175
c) Einstweilige Verfügung	178

VII. Die Bedeutung des § 1157 BGB für die Grundschild (zugleich: Eintragbarkeit des Sicherungszwecks ins Grundbuch?)	181
1.) Eintragbarkeit des Sicherungszwecks über §§ 1157, 892 BGB	181
a) Anwendbarkeit des § 1157 BGB	181
b) Sicherungsvertragliche Abreden und Einrede- begriff des § 1157 BGB	182
2.) Kenntnis von Einreden gegen die Grundschild	205
a) Bisherige Auffassungen	206
b) Eigene Meinung	207
VIII. Rückgewähranspruch und "Haftungs-Zusage"	215
IX. Rückgewähranspruch und Rechtsnachfolge	217
1.) Rechtsnachfolge bezüglich des Rückgewähr- anspruchs	217
a) Grundlage: Sicherungsvertrag, § 812 BGB	217
b) Grundlage: § 1169 BGB	217
c) Inhalt des übergegangenen Rückgewähran- spruchs	227
d) Eingeschränkte Übertragung	227
e) "Revalutierung" nach Übertragung	229
2.) Rechtsnachfolge bezüglich des Grundstücks	231
a) Ausdrückliche Absprachen	231
b) Stillschweigende Vereinbarungen	232
3.) Rechtsnachfolge bezüglich der Grundschild	234
a) Abtretung ohne Verwertungscharakter	234
b) Abtretung zu Verwertungszwecken	244
4.) Rechtsnachfolge bezüglich der gesicherten Forderung	252
a) Abtretung der Forderung	252
b) Übergang kraft Gesetzes	255
c) Vereinbarung der Nicht-Abtretung der Grund- schild	256
d) Schuldner des Rückgewähranspruchs	257

	<u>Seite</u>
X. "Haftungs-Zusage" und Rechtsnachfolge	259
1.) Rechtsnachfolge an der gesicherten Forderung	259
2.) Rechtsnachfolge am Grundstück	262
3.) Rechtsnachfolge an der Grundsschuld	262
4.) Rückgewähr, Gesamtrechtsnachfolge auf Bankseite	263
XI. Die Grundsschuld als Sicherungsmittel für mehrere Folgerungen verschiedener Gläubiger	264
1.) Konsortialkredite	264
a) Offener Konsortialkredit	264
b) Verdeckter Konsortialkredit	267
2.) Konzernkredite	270
3.) "Finanzierung aus einer Hand"	273
a) "echte Finanzierung aus einer Hand"	273
b) "unechte Finanzierung aus einer Hand"	273
XII. Der Gerichtsstand des Rückgewähranspruchs	276
D. ANHANG (Formular-Teil)	281
I. Grundschuldbestellungs- und Zweckerklärungsformulare verschiedener Banken und (Bau-)Sparkassen (Auszüge aus einzelnen Formularen)	281
1.) Bank für Gemeinwirtschaft 71o1 2. 73 (739)	281
2.) Bank für Gemeinwirtschaft 712o 274	282
3.) Commerzbank $\frac{377/002}{20444}$ Fassung Febr. 1972	283
4.) Commerzbank $\frac{374/00/2}{40224}$ Fassung Febr. 1973	284
5.) Dresdner Bank Allg. 1624 Fassung Nov. 1974	285
6.) Deutsche Bank Fzw. 253 7 74	285
7.) Deutsche Bank oo 73o 6 3 75 1	286

	<u>Seite</u>
8.) Deutsche Bank oo 724 2 75	287
9.) Sparkassen 192 o6o 1/75	288
10.) Volksbank 22o 1o dgverlag 11.73	290
11.) Volksbank 22o o2 dgverlag 6.74	29o
12.) Bausparkasse Schwäbisch Hall Da 3oo 13 1oo 1.75 292	
13.) Bausparkasse Gemeinschaft der Freunde Wüstenrot K 37o f (1/3)	293
14.) Leonberger Bausparkasse $\frac{D\ 3221}{2/75}$ 3o.2.75 li	294
II. Allgemeine Geschäftsbedingungen	295

LITERATURVERZEICHNIS

I. Lehrbücher und Kommentare

- | | |
|------------------------|---|
| Baumbach-Duden, | Handelsgesetzbuch, 21. Auflage, München 1974 |
| Baumbach-Hefermehl, | Wechsel- und Scheckgesetz, 11. Auflage, München 1973, |
| Baur, | Lehrbuch des Sachenrechts, 7. Auflage, München 1973 |
| Eichler, | Institutionen des Sachenrechts, 2. Band, 2. Halbband, Berlin 1960 |
| Enneccerus-Kipp-Wolff, | Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Band 1, Allgemeiner Teil, bearbeitet von Nipperdey, 15. Auflage, Tübingen 1959 (zitiert: Enneccerus-Nipperdey),
Band 2, Schuldrecht, bearbeitet von Lehmann, 15. Auflage, Tübingen 1958 (zitiert: Enneccerus-Lehmann),
Band 3, Sachenrecht, bearbeitet von Raiser, 10. Auflage, Tübingen 1957 (zitiert: Wolff-Raiser) |
| Erman, | Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2 Bände, 5. Auflage, Münster 1972 |
| Esser, | Schuldrecht, 4. Auflage, Karlsruhe, Bd. 1, 1970
Bd. 2, 1971 |
| Fikentscher, | Schuldrecht, 4. Auflage, Berlin-New York, 1973 |
| Flume, | Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, II. Band, Das Rechtsgeschäft, Berlin-Heidelberg-New York 1965 |
| Förster-Kann, | Die ZPO für das Deutsche Reich, 3. Auflage, Berlin 1913 |
| Fuchs, | Grundbegriffe des Sachenrechts, Berlin 1917 |
| Gierke, J. v., | Das bürgerliche Recht, Sachenrecht, 2. Auflage, Berlin 1928 |
| Güthe-Triebel, | Grundbuchordnung, Band I, 6. Auflage, Berlin 1936 |
| Heck, | Grundriß des Sachenrechts, Tübingen 1930 |
| Jäckel-Güthe, | Kommentar zum Zwangsversteigerungsgesetz, 5. Auflage, Berlin 1915 |

- Jaeger-Lent, Kommentar zur Konkursordnung, 7. Auflage, Berlin-Leipzig, 1931
- Larenz, Lehrbuch des Schuldenrechts, Band 2, 10. Auflage, München 1972
- Lent-Schwab, Sachenrecht, 13. Auflage, München 1970
- Oertmann, Kommentar zum BGB, Band I und II, 2. Auflage, Berlin, 1927/8
- Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 32. Auflage, München 1973
- Planck, Kommentar zum BGB, III. Band, 2. Hälfte, Sachenrecht, 5. Auflage, Berlin 1936
- Reichsgerichtsräte-Kommentar Das Bürgerliche Gesetzbuch unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs, 11. Auflage, Berlin, Band I, 2. Teil, 1960; Band II, 2. Teil, 1960; Band III, 2. Teil, 1963
- ders., Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 3. Band, 2. Auflage, Berlin 1963 (zitiert: HGB-RGRK-Bearbeiter)
- Schönle, Bank- und Börsenrecht, München 1971
- Soergel-Siebert, Bürgerliches Gesetzbuch, 10. Auflage, Stuttgart-Berlin-Köln-Main, Band 2, 1967; Band 3, 1969; Band 4, 1968
- v. Staudinger, Kommentar zum BGB, 11. Auflage, Berlin, Band I, 1957
Band II, 1a, 1967; 1b, 1961; 1c, 1967 (10./11. Auflage); 1d, 1968/9 (10./11. Auflage); 2, 1955; 3, 1958; 4, 1960/56/59
Band III, 1, 1956; 2, 1962
- Stein-Jonas-Schönke-Pohle, Kommentar zur ZPO, Band 2, 18. Auflage, Tübingen 1953
- Stein-Jonas-Pohle, Kommentar zur ZPO, Band 1, 19. Auflage, Tübingen 1972
- Thomas-Putzo, Zivilprozeßordnung, 6. Auflage, München 1972
- Westermann, Sachenrecht, 5. Auflage, Karlsruhe 1969
- Wieczorek, ZPO und GVG, Handausgabe, 2. Auflage, Berlin 1966

- Wolf, Lehrbuch des Sachenrechts, Köln-Bonn-Berlin-München 1971
- Zöller-Degenhart, ZPO mit GVG und Nebengesetzen, 10. Auflage, München 1968

II. Einzelschriften, Aufsätze, Dissertationen

- Bieling, Entwicklungen und Wandlungen im Recht Kreditsicherung, in: Verhandlungen des Deutschen Genossenschaftstages 1960, S. 112 ff.
- Bourier, Persönliche Haftung für eine Grundschild, in: BayNotV 1930, S. 236
- Capeller, Die Zwangsvollstreckung in die durch den Schuldner zur Sicherheit eines Kontokorrentkredits bestellte Grundschild, in: MDR 1953, S. 153
- v. Caemmerer, Bereicherung und unerlaubte Handlung, in: Festschrift Rabel, S. 333
- Delorme-Hoessrich, Konsortial- und Emissionsgeschäft, 2. Auflage, Frankfurt/M. 1971
- Dempewolf, Bedeutung und Wirkung des Rückübertragungsanspruchs bei Sicherungsgrundschulden im bankgeschäftlichen Verkehr, Diss. Köln 1957
- ders., Der Rückübertragungsanspruch bei Sicherungsgrundschulden als Kreditsicherungsmittel, in: NJW 1957, S. 1257
- ders., Zur Vormerkung des Anspruchs auf Rückübertragung einer sicherungsweise abgetretenen Grundschild, in: BlfGBWR 1956, S. 311
- ders., Welchen Rang hat der nicht valutierende Teil einer Sicherungsgrundschuld? in: NJW 1959, S. 2148
- ders., Übertragung von Sicherheiten auf den zahlenden Bürgen, in: NJW 1958, S. 979

- Dempewolf, Löschungsvormerkung und Vormerkung zur Sicherung des abgetretenen Anspruchs auf Rückübertragung bei Grundschulden, in: BlfGBWR 1956, S. 25
- Esser, Die Klage auf fortlaufende Geldzahlungen nach vorausgegangener einstweiliger Verfügung, in: NJW 1953, S. 1892
- Feuerherdt, Grundschuldfragen aus der Praxis der Volksbanken, in: BlfGenW 1959, S. 223 (fortgesetzt: S. 236)
- Friese, Der Verzicht auf die Auflassungsvormerkung, in DNotZ 1955, S. 243
- Friedrich, Anwendbarkeit des § 401 BGB auf die Sicherungsgrundschuld, in: NJW 1969, S. 485
- ders., Die Eintragungsfähigkeit der bei der Bestellung einer Grundschuld vereinbarten Sicherungsabrede, in: NJW 1968, S. 1655
- Göhler, Die Wirkung der Löschungsvormerkung, in: NJW 1959, S. 416
- Hagemann, Grundschuld und Schuldgrund, in: ZBlFG 1922, S. 361
- Hahn, Die gesamten Materialien zur ZPO und dem Einführungsgesetz zu derselben vom 30. Jan. 1877, 2. Auflage, Berlin 1881
- Henseler, Abtretung vorrangiger Grundschulden, in: AcP Bd. 166, S. 409
- Herold, Die Grundschuld als Kreditsicherungsmittel, in: BlfGBWR 1958, S. 295
- Herzfeld, Übertragung nicht-akzessorischer Sicherheiten, in: JR 1958, S. 453
- Hieber, Abtretung des Rückübertragungsanspruchs bei Grundschulden, in: DNotZ 1958, S. 379
- ders., Persönliche Haftung für eine Grundschuld? in: BayNotV 1928, S. 144
- Hoche, Die Wirkung der Löschungsvormerkung, in: NJW 1959, S. 413

- Huber, Die Sicherungsgrundschuld, Heidelberg 1965
- Janberg, Die Rechtsstellung der Bank bei Pfändung nicht-valutierter Sicherungsgrundschulden, in: BankArch 1936, S. 323
- Justat-Mauer, Meta-Weitergabekredite, in: ZKW 1954, S. 119
- ders., Rückübertragung von Sicherheiten bei Re-finanzierungen, in: ZKW 1957, S. 860
- Karmasin, Umfang einer für Bankschulden übernommenen Bürgschaft, in: BB 1968, S. 1364
- Klee, Eigentümer- oder Fremdgrundschuld? in: NJW 1951, S. 579
- Knieper, Kann die Löschung einer nicht eingetragenen Hypothek vorgemerkt werden? in: MDR 1971, S. 11
- Knöchlein, Der Rückgewähranspruch des Eigentümers bei Grundschulden und die bedingte Grundschuld, in: BfGBWR 1958, S. 705
- Koch, Arwed, Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken, Jena 1931
- Kolbenschlag, Die sog. Anrechnungsvereinbarung zur Sicherungsgrundschuld in der Zwangsvollstreckung, in: DNotZ 1965, S. 73
- ders., Zur Frage, wann Zahlungen auf die Grundschuld anzurechnen sind, in: WM 1959, S. 130
- ders., Zur Frage, wann eine (Teil-)Eigentümergrundschuld entsteht, in: MDR 1960, S. 102
- ders., Grundschuld und Übernahme der persönlichen Haftung für den Grundschuldbetrag, in: DNotZ 1965, S. 205
- Kollhosser, Briefgrundpfandrechte und Pfandklausel der AGB der Kreditinstitute, in: JR 1973, S. 315
- Komanns, Das Grundpfandrecht als fiduziarische Sicherheit, Diss. Köln 1939

- Kramer, Grundschild und Schuldgrund, Diss. Göttingen 1932
- Krawielicki, Grundlagen des Bereicherungsanspruchs, Breslau 1936
- Kretzschmar, Gesetzlicher Übergang der Grundschild, in: ZBlFG 1913, S. 1
- Küchler, Die Sicherungsgrundschild, Berlin 1939
- Lahnert, Die Löschungsvormerkung bei Briefgrundpfandrechten, in: ZKW 1967, S. 960
- ders., Renaissance der Buchgrundschild, in: ZKW 1964, S. 1026
- Laute, Zur Forderungsunabhängigkeit der Grundschild, in: BlfGenW 1971, S. 117
- Liesecke, Die Sicherheiten der Bank nach Nr. 19 ff. AGB in der neueren Praxis, in: WM 1969, S. 546
- Lindemann, Sicherungsgrundschild, in: JW 1931, S. 2613
- Lopau, Die Nichtakzessorietät der Grundschild, in: JuS 1972, S. 502
- ders., Die Rechtsstellung des Schuldners bei der Kreditsicherung durch Grundschilden, in: NJW 1972, S. 2253
- Lorenz, Bereicherungsrechtliche Drittbeziehungen, in: JuS 1968, S. 441
- v.Lübtow, Die Struktur der Pfandrechte und Reallasten, in: Festschrift Heinrich Lehmann, 1. Band, 1959, S. 328
- Mauer, Refinanzierungsgeschäft und direkter Rückgewähranspruch, in: ZKW 1969, S. 1028
- ders., Forderungsabtretungen bei Refinanzierungen, in: ZKW 1955, S. 689
- Mittmann, Zulässigkeit und Rechtswirkungen der Konzernklausel, in: NJW 1973, S. 1108
- Möhring, Die gesetzliche Regelung des Rechts der allgemeinen Geschäftsbedingungen und die AGB der Banken, in: NJW 1974, S. 1689 ff.

Motive	zu dem Entwurfe eines BGB für das Deutsche Reich, Berlin und Leipzig, 1888
Mugdan,	Die gesamten Materialien zum BGB, Berlin 1899
Müller,	Rückübertragungsansprüche von Grundschulden in der Konkursmasse, in: KTS 1962, S. 201
Münstermann,	Grundschuld und persönliche Forderung, Diss. Freiburg 1937
Obermüller,	Bestellung von Kreditsicherheiten an einen Treuhänder, in: DB 1973, S. 1833
Pfeiffer,	Übertragung von Sicherheiten auf den zahlenden Bürgen, in: NJW 1958, S. 1859
Philipowski,	Die Geschäftsverbindung, Heidelberg 1963
Pikart,	Die neuere Rechtsprechung des BGH zur Kreditsicherung durch Hypothek und Grundschuld, in: WM 1965, S. 1230
ders.,	Die neueste Rechtsprechung des BGH zur Sicherung von Forderungen durch Hypotheken und Grundschulden, in: WM 1973, S. 830
Protokolle	der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des BGB, Berlin 1897
Protokolle	der Kommission zur Beratung eines allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs, Würzburg 1858
Räbel,	Rechtsfragen zur Kreditsicherungsgrundschuld, in: NJW 1953, S. 1247
Reithmann,	Die Grundschuld in Recht und Praxis, in: NJW 1973, S. 879
Riedel,	Über die Eintragung von Löschungsvormerkung und ergänzenden Sicherungsrechten, in: DNotZ 1956, S. 344
ders.,	Über die Eintragung von Hypotheken aufgrund banküblicher Bewilligungen, in: DNotZ 1954, S. 454

- Ripfel, Die Eigentümeransprüche gegen den Grundschuldgläubiger und ihre Sicherung, in: DNotZ, S. 518
- Rüttger, Der Rückgewähranspruch und die in der Zwangsversteigerung bestehenbleibende Grundschuld, in: NJW 1959, S. 2147
- Scherber, Probleme der fiduziarischen Kreditsicherung durch Dritte, Diss. Köln 1971
- Schmidt-Salzer, Allgemeine Geschäftsbedingungen, München 1971
- Scholz, Das Recht der Kreditsicherung, 4. Auflage, Berlin 1972
- ders., Der Wechsel des Gläubigers einer fiduziarisch gesicherten Forderung, in: NJW 1962, S. 2228
- ders., Zur Problematik der Übernahme einer grundpfandrechtlich gesicherten Schuld, in: NJW 1966, S. 1739
- ders., Der sicherungsrechtliche Rückgewähranspruch als Mittel der Kreditsicherung, in: Festschrift Philipp Möhring 1965, S. 419
- Schubert, Zur Bestimmtheit des Urteilstenors bei Unterlassungsklagen, in: JR 1972, S. 177
- Schütz, Bankgeschäftliches Formularbuch, 18. Auflage, Köln 1969
- ders., Die unbrauchbare Höchstbetragssicherungshypothek, in: ZAkDR 1939, S. 475
- Seckelmann, Die Grundschuld als Sicherungsmittel, Berlin 1963
- Serick, Bemerkungen zu formularmäßig verbundenen Verlängerungs- und Erweiterungsformen beim Eigentumsvorbehalt und der Sicherungsübertragung, in: BB 1971, S. 2
- ders., Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübereignung, Heidelberg
Band I, 1963 (zitiert: Serick I)
Band II, 1965 (zitiert: Serick II)
Band III, 1970 (zitiert: Serick III)

- Stockmayer, Die Grundschuld als Kreditsicherungsmittel, 2. Auflage, Stuttgart 1958
- Stöber, Pfändung einer Grundschuld und der durch sie gesicherten Forderung, in: BB 1964, S. 1457
- Thomas, Die rechtsgeschäftliche Begründung von Treuhandverhältnissen, in: NJW 1968, S. 1705
- Uhlemayr, Persönliche Haftung für eine Grundschuld, in: BayNotV 1930, S. 8
- Vahldiek, Der Ausgleich zwischen mehreren Sicherungsgebern, Diss. Erlangen 1938
- Weber, Der Rückübertragungsanspruch bei der nicht valuierten Sicherungsgrundschuld, in: AcP Bd. 169, S. 237
- Witthöfft, Zur Reihenfolge der Verrechnung mehrerer gleichartiger Leistungen aus mehreren Schuldverhältnissen nach §§ 366, 367 BGB, in: JZ 1955, S. 374
- Wörbelauer, Die verhinderte Eigentümergrundschuld, in: NJW 1958, S. 1705
- ders., Sicherung der Gläubiger nachstelliger Grundpfandrechte, in: NJW 1957, S. 898
- Zeiss, Der rechtliche Grund (§ 812 BGB) für Schuldanerkennnisse und Sicherheitsleistungen, in: AcP Bd. 164, S. 50
- Zenker, Die Einreden des § 1157 BGB und der Typenzwang im Sachenrecht, Diss. Tübingen 1968
- Ziegler, Über die Wertlosigkeit der allgemeinen Regeln des BGB über die sog. Wahlschuld (§ 262 - 265 BGB), in: AcP 171, S. 193
- Zunft, Übertragung des Sicherungseigentums und Zession der gesicherten Forderung an verschiedene Personen, in: NJW 1958, S. 1219

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

AcP	Archiv für die civilistische Praxis
BankArch	Bankarchiv
BayNotV	Mitteilungen des bayrischen Notarvereins
BayObLG Z	Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landgerichts in Zivilsachen
BB	Der Betriebsberater
BFB	Bankgeschäftliches Formularbuch
BGH Z	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BlfGenW	Blätter für Genossenschaftswesen
BlfGrBWR	Blätter für Grundstücks-, Bau- und Wohnungsrecht
Diss.	Dissertation
DNot Z	Deutsche Notarzeitschrift
DR	Deutsches Recht
DRZ	Deutsche Richterzeitung
Gruchot	Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von Gruchot
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung
JFG	Jahrbuch für Entscheidungen in Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristen-Zeitung
KG J	Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts
KTS (früher: KuT)	Zeitschrift für Konkurs-, Treuhand- und Schieds- gerichtswesen
LM	Das Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs in Zivil- sachen, herausgegeben von Lindenmaier und Möhring
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OLG Z	Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Zivilsachen

Recht	Das Recht
RG Z	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
ROHG	Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts
RPfl	Der Deutsche Rechtspfleger
SeuffArch	Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten
Warn Rspr	Warneyer, Die Rechtsprechung des Reichsgerichts
WM	Wertpapier-Mitteilungen
ZAkDR	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht
ZBlfG	Zentralblatt für die Freiwillige Gerichtsbarkeit und Notariat
ZKW	Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen

A. EINLEITUNG

§ 1113 BGB beschreibt die Hypothek als Grundstücksbelastung in der Weise, "daß an denjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, eine bestimmte Geldsumme zur Befriedigung wegen einer ihm zustehenden Forderung aus dem Grundstück zu zahlen ist". Die Grundschild dagegen ist in § 1191 mit genau denselben Worten definiert, ausschließlich des Teils "zur Befriedigung wegen einer ihm zustehenden Forderung".

Es wäre indes verfehlt, daraus den Schluß zu ziehen, soweit Bankkredite durch Grundpfandrechte gesichert werden, werde dazu die Hypothek als "geborene Sicherheit"¹⁾ verwendet (das gilt jedenfalls, soweit nicht speziell Hypothekenbanken in Frage stehen). Kredite der Geschäftsbanken (wozu in diesem Rahmen auch Sparkassen und Genossenschaftsbanken wie z. B. Volksbanken gezählt werden) werden nahezu ausschließlich durch Grundschulden gesichert²⁾.

Die Gründe dafür sind vielfältig³⁾. Nur die wichtigsten seien hier kurz genannt:

1. Mittels einer Grundschuld können mehrere Forderungen (insbesondere alle Forderungen aus laufender Geschäftsverbindung) eines oder auch mehrerer Gläubiger(eventuell durch Einschaltung eines Konsortial-Treuhänders) gegen einen oder mehrere Schuldner gesichert werden.
2. Bei der Grundschuld können die gesicherten Forderungen durch einfachen (obligatorischen) Vertrag ausgewechselt werden, bei der Konsortial-Treuhand-Grundschuld können die Gläubiger ebenso einfach auswechseln.
3. Bei der Grundschuld kann sich der Eigentümer des Grundstücks vorab der sofortigen Zwangsvollstreckung unterwerfen, ohne einen bestimmten Betrag zu nennen.

1) Scholz, S. 358.

2) Vgl. Bieling, S. 112 ff. Seckelmann, S. 46 ff.

3) vgl. Schütz, ZAKDR, 1939, S. 475 ff. Schütz, BFB S. 466; Dempewolf, Diss. S. 1; ders. NJW 1957, S. 1257.

4. Bei der Grundschild muß im Streifall nicht - wie bei der Hypothek - die Bank die Forderung nach Grund und Höhe beweisen, sondern der Eigentümer deren Nichtbestehen.

Zusammenfassend erscheint insbesondere die Klarheit und Einfachheit der Handhabung der Grundschild und der durch sie geschaffenen Verhältnisse und ihr Charakter als "universelles Sicherungsmittel"¹⁾ für die Praxis den Ausschlag für ihre Verwendung zu geben. Die Grundschild wird dann, wenn sie als "gekorene Sicherheit"²⁾ Verwendung findet, Sicherungsgrundschild genannt; ihre Zweckdefinition entspricht dann der der Hypothek³⁾.

In Abgrenzung zur akzessorischen Hypothek wird die Grundschild als abstraktes Recht⁴⁾, besser aber als nicht-akzessorisches Recht⁵⁾ bezeichnet.

Damit die Grundschild praxisgerecht verwendbar ist, hat sich in der Bankpraxis ein recht umfangreiches und ineinander verschachteltes System von (vorformulierten) Sicherungsverträgen, von AGB-Klauseln und von vorgegebenen gesetzlichen Regelungen entwickelt. Deren Verhältnis zueinander soll in dieser Arbeit untersucht werden, insbesondere soll eine möglichst ausgewogene Interpretation dieser verschiedenen Regelungen und ihres inneren Zusammenhanges erreicht werden.

Die in AGB und Formularverträgen enthaltenen Klauseln sind nicht immer klar und oft sehr weitgehend. Für die in den AGB der Banken enthaltenen Klauseln hat nach allgemeiner Auffassung eine Auslegung nach objektiven Gesichtspunkten⁶⁾, d.h. eine wesentlich an der Interessenlage orientierte

1) Zenker, S. 123.

2) Scholz, a. a. O. .

3) Scholz, a. a. O. .

4) vgl. Lent-Schwab, S. 258.

5) Wolff-Raiser, S. 535; Eichler, S. 500; Huber, S. 29.

6) u. a.: BGH NJW 1974, S. 1135, 1136.

Interpretation zu erfolgen. Inwieweit diese Grundsätze generell auf in - u.U. notariell beurkundeten - Formularsicherungsverträgen befindliche Klauseln anzuwenden sind, soll hier nicht abschließend entschieden werden. In Anlehnung an die vom BGH¹⁾ entwickelten Regeln wird jedoch davon ausgegangen, daß jedenfalls unklare, sehr weitgehende und einseitig die Interessen der Bank berücksichtigende Regelungen wie AGB-Klauseln zu behandeln sind; sie sind also objektiv nach dem Willen redlicher Vertragspartner und damit nach der Interessenlage zu interpretieren.

Mit dieser Grundlegung ist zugleich entschieden, daß allein die Verwendung von AGB oder Formularverträgen zu keiner generellen Auslegungsregel zugunsten der Kunden führen kann.

Dagegen spricht einmal, daß die Verwendung dieser vorgefertigten Abreden im Banksektor - anders als in anderen Bereichen - in stärkerem Maße der Standardisierung und Rationalisierung dient²⁾, insbesondere auf dem gesetzlich teilweise nicht einmal dispositiv geregelten Gebiet des Grundschuldrechts. Daß dabei natürlicherweise der größere Fachverstand der Kautelarjuristen zu Klauseln führt, die regelmäßig die Interessen der Bank in erhöhtem Maße berücksichtigen, mag zwar nicht unbedenklich sein; es ist jedoch allein nicht ausreichend, die Klauseln zu verwerfen. Erst die Verwendung ausschließlich einseitige Interessen durchsetzender Klauseln, die auch nicht im Wege "objektiver Auslegung" auf einen angemessenen Inhalt reduziert werden können, ist verwerflich.

Zum anderen ist die rechtliche Sonderbehandlung vorformulierter Abreden allein in der Auslegung nach objektiven Gesichtspunkten, der weitergehenden

1) BGH a.a.O.; vgl. auch Palandt-Heinrichs, vor § 145, Anm. 6 E.

2) Möhring, NJW 1974, S. 1689 ff.

Revisibilität dieser Auslegung und einer gesteigerten Inhaltskontrolle zu sehen¹⁾. Für jede Klausel ist daher ihr objektiver Inhalt und dessen Angemessenheit anhand der speziellen Interessenlage zu ermitteln; eine Festlegung der Ermittlungsrichtung kann nicht a priori zugunsten des Kunden erfolgen. Entscheidend ist, ob für die spezielle Klausel die Zurückdrängung der Interessen der Kunden eine sachliche Rechtfertigung findet oder ob sie gegen dringende Gebote von Gerechtigkeit und Treu und Glauben verstößt²⁾. Denn wenn eine klare und eindeutige Klausel - für den Kunden also ersichtlich - eine Bevorzugung der Bank enthält oder wenn eine im Wege objektiver Auslegung inhaltlich reduzierte Klausel eine dem Kunden nachteilige, aber nicht unangemessene Regelung enthält, so kann sich der Kunde nicht auf seine Schutzbedürftigkeit gegenüber der Bank berufen.

Im folgenden soll somit insbesondere der Inhalt der (durch die AGB ergänzten) Formular-Sicherheitsverträge auf seinen objektiven Gehalt und dessen Angemessenheit, somit auf seinen Geltungsumfang hin untersucht werden.

1) BGH, a.a.O..

2) BGH, a.a.O..

B. DIE ZWECKERKLÄRUNG

Die Hypothek ist notwendig Sicherungsmittel, die durch sie gesicherte Forderung ergibt sich notwendig aus dem Grundbuch.

Die Grundschild erhält ihren Charakter als Sicherungsmittel erst und allein durch eine schuldrechtliche Abrede zwischen dem Eigentümer des Grundstücks und dem Gläubiger der Grundschild, wonach die Grundschild eine bestimmte Forderung sichern soll. Diese Abrede, die die Grundschild mit der durch sie gesicherten Forderung verknüpft, ist der sogenannte Sicherungsvertrag. Da dieser Sicherungsvertrag grundsätzlich nur zwischen seinen Parteien wirkt, "ist" die Grundschild grundsätzlich auch nur im Verhältnis zwischen ihnen Sicherungsgrundschild.

Ein solcher Sicherungsvertrag gehört nicht zum notwendigen Entstehungstatbestand des Sicherungsrechts. Er braucht daher nicht im Bestellungsakt selbst zum Ausdruck zu kommen. Er kann vielmehr formlos in Kreditkorrespondenz, in AGB oder in einer besonderen Urkunde vereinbart werden¹⁾. Für die Banken insbesondere folgt nun bei einer Kreditvergabe an einen Kunden aus den zwischen ihnen vereinbarten AGB²⁾, vornehmlich deren Ziff. 19, daß die Bank einen Anspruch auf Bestellung von Sicherheiten hat und welchen Inhalt die Sicherungsabrede hat. Es kommt jedoch vor, daß Sicherheiten durch Verwandte, Freunde, Tochtergesellschaften oder sonstige Dritte bestellt werden, für die im Verhältnis zur Bank die AGB nicht gelten. Zum anderen gibt es vielschichtige Probleme und Ansichten zur Vereinbarung und Geltungskraft von AGB. Aus alledem haben die Banken es sich zur Regel gemacht, über die Sicherungsvereinbarung eine besondere (meist Formular-)Niederschrift

1) Scholz, S. 22/23.

2) Zu den Voraussetzungen einer solchen Vereinbarung von AGB soll hier nicht Stellung genommen werden; vgl. etwa: Schütz, BFB, S. 1 ff.

aufzunehmen¹⁾.

Neben einer Reihe anderer Regelungen ist wesentlich für Inhalt und Funktion des Sicherungsvertrags die Verknüpfung von Grundschild und Forderung(en). Dieser Verknüpfung, dieser den Zweck der Grundschild genau benennenden Abgrenzung wegen pflegt ein Großteil der Bankpraxis den Sicherungsvertrag bzw. besser: den schriftlich niedergelegten (Teil des) Sicherungsvertrag(s) als Zweckerklärung zu bezeichnen.

1. Der Kreis der gesicherten Forderungen

Die in der Bankpraxis gebräuchlichen Formularverträge bestimmen im wesentlichen folgende Forderungen als durch die Grundschild gesichert: "alle gegenwärtigen und zukünftigen - auch bedingten und befristeten - Ansprüche aus der bankmäßigen Geschäftsverbindung, insbesondere aus laufender Rechnung, Darlehen, Wechsel, Abtretungen oder Bürgschaften sowie aus von Dritten erworbenen Wechseln und Forderungen der Bank" gegen den Schuldner²⁾ "alle Forderungen, welche" der Gläubigerin "gegen" den Schuldner "aus der Geschäftsverbindung oder aus einem sonstigen Rechtsgrund gegenwärtig oder künftig zustehen"³⁾ alle Ansprüche der Gläubigerin aus jedem Rechtsgrund⁴⁾.

-
- 1) Das ist so sehr Regelfall, daß die Rechtsprechung für die Behauptung einer Bank, die Sicherungsvereinbarung sei mündlich getätigt worden, äußerst strenge Maßstäbe anlegt vgl. BGH WM 1956, S. 946.
 - 2) (Hier und im folgenden beziehen sich alle genannten Formulare und deren nummernmäßige Kennzeichnung auf die im Anhang in numerierter Form wiedergegebenen Formulare einiger wichtiger Banken bzw. Bankengruppen) Volksbanken (Nr. 10) nahezu gleichlautend Sparkassen (Nr. 9) ähnlich Dresdner Bank (Nr. 5) sowie Formular der Bank für Gemeinwirtschaft (Nr. 2).
 - 3) Commerzbank (Nr. 4).
 - 4) Leonberger Bausparkasse (Nr. 14), nahezu genauso: Formular der Bausparkasse Gemeinschaft der Freunde Wüstenrot (Nr. 13), sowie der Bausparkasse Schwäbisch Hall (Nr. 12); ähnlich: Deutsche Bank-Formular (Nr. 6).

1.) "Alle Ansprüche aus der bankmäßigen Geschäftsverbindung"

a) Allgemeines

An dieser Bestimmung der gesicherten Forderung fällt zunächst auf, daß nicht etwa eine einzelne Forderung der Bank, die betragsmäßig fest bestimmt ist, gesichert sein soll, sondern alle gegenwärtigen und zukünftigen Forderungen der Bank gegen den Schuldner aus der bankmäßigen Geschäftsverbindung¹⁾.

Ist das zulässig?

Daß eine Vielzahl gegenwärtiger Forderungen durch eine Grundsuld gesichert werden kann, ist bereits eingangs als Vorteil der Grundsuld gekennzeichnet und damit auch als zulässig erkannt worden.

Auch daß zukünftige Forderungen mittels einer Grundsuld gesichert werden können, ist unstreitig zulässig; einen Rückschluß darauf erlauben sowohl § 1113 II BGB, der bestimmt, daß eine Hypothek auch für eine künftige Forderung bestellt werden kann, als auch § 765 II BGB und §§ 1204 II, 1209 BGB, die ähnliches für die Bürgschaft und das Pfandrecht bestimmen. Insoweit erheben sich also keine Bedenken gegen die Formulierung der Zweckerklärung. Insoweit, als auch künftige Ansprüche erfaßt sein sollen, handelt es sich auch dann, wenn die Grundsuld primär - aus Sicht des Eigentümers - eine bestimmte Verbindlichkeit sichern sollte, nicht um eine sog. überraschende Formulklausel, die etwa wegen fehlender Aufklärung über ihren Inhalt unwirksam sein könnte.²⁾ Denn die Klausel befindet sich sofort zu Anfang des Formulars an deutlich sichtbarer Stelle, die Formulierung läßt keinen Zweifel an der Sicherung auch aller künftigen Forderungen der Bank³⁾.

b) Bankmäßige Geschäftsverbindung

Fraglich ist jedoch, ob der Grund der Forderungen so umfassend und allgemein genannt werden kann (hier soll zunächst der mit "insbesondere" eingeleitete Teil der Klausel außer acht gelassen werden).

1) vgl. auch den Wortlaut der Ziff. 19 AGB.

2) Palandt-Heinrichs, vor § 145, Anm. 6 B e, bb.

3) so auch: OLG Hamm v. 8.12.1972, 11 U 173/72.

Zunächst einmal besteht keine rechtliche Notwendigkeit, eine ins einzelne gehende, genaue Bezeichnung des Forderungsgrundes zu verlangen. Jedenfalls genügt es, wenn das Rechtsgrundverhältnis der allgemeinen Art nach im voraus bestimmt ist. Es reicht aus, wenn auf einen ganzen Kreis von Rechtsbeziehungen verwiesen wird¹⁾. Die Beteiligten können sich dann von den in Betracht kommenden Rechtsgründen eine Vorstellung machen. Gehören die Forderungen "aus der bankmäßigen Geschäftsverbindung" einem solchen bestimmbar, abgrenzbaren Kreis von Rechtsbeziehungen an?

aa. Dabei ist zunächst zu klären, was unter einer bankmäßigen Geschäftsverbindung überhaupt zu verstehen ist. Der Gesetzgeber gebraucht den Begriff "Geschäftsverbindung" insbesondere in den §§ 89 b I, V, 355 I, 362 I 1 HGB und § 20 I Bankdepot G.

In § 89 b I, V HGB wird der Begriff der Geschäftsverbindung dann als erfüllt angesehen, wenn zwischen den Beteiligten bereits ein Geschäft zustande gekommen ist und wenn anzunehmen ist, daß noch ein weiteres Geschäft zwischen ihnen zustande kommen wird²⁾. Zu §§ 355, 362 HGB wird die Geschäftsverbindung unterschiedlich definiert³⁾; beiderseitige Willensübereinstimmung, fortgesetzt - gleichviel auf welche Dauer - miteinander Geschäfte zu machen⁴⁾; geschäftliche Beziehung, die objektiv auf gewisse Dauer angelegt sei⁵⁾; Geschäftsverkehr von gewisser Mindestintensität⁶⁾; Verhältnis, das auf gegenseitigen Verträgen beruht⁷⁾; jede geschäftliche Beziehung zu einem Dritten⁸⁾.

1) BGH WM 1957, S. 1430 .

2) Philipowski, S. 16.

3) ausführlich: Philipowski, S. 15/16.

4) HGB-RGRK-v. Godin, § 362, Anm. 9.

5) Baumbach-Duden, § 362, Anm. 2 A.

6) RG JW 1936, S. 2066.

7) BGH WM 1964, S. 813; OLG Frankfurt, WM 1973, S. 1150.

8) Schütz, BFB, S. 20.

Von einer gesetzlichen Definition wurde jedoch abgesehen, weil "ohnehin der Richter dem Ausdruck eine entsprechende, nicht allzu ausgedehnte und unbegrenzte Auslegung zu geben wisse"¹⁾.

Zusammenfassend kann man sagen, daß der Begriff der "Geschäftsverbindung" von Rechtsprechung und Lehre etwa wie folgt bestimmt wird: Zu einer Geschäftsverbindung gehöre die beiderseitige Willensübereinstimmung, fortgesetzt untereinander Geschäfte zu machen, und dieser Wille müsse sich in einer objektiv auf gewisse Dauer angelegten Geschäftsverbindung niederschlagen²⁾.

bb. "Bankmäßig" sind nicht nur alle in § 1 I 2 KWG aufgeführten Geschäftsarten, sondern auch nicht gesetzestypische Geschäfte, die jedenfalls vornehmlich von Banken betrieben werden³⁾.

Eine "bankmäßige Geschäftsverbindung" ist demnach folgendermaßen zu definieren: Willensübereinstimmung zwischen einer Bank und einem anderen, fortgesetzt miteinander Geschäfte im Sinne des § 1 I 2 KWG sowie sonstige vornehmlich von Banken betriebene Geschäfte zu tätigen, wobei sich der Willenskonsens objektiv in einer auf gewisse Dauer angelegten, auf derartige Geschäfte bezogenen Verbindung niederschlägt.

Aus dieser bankmäßigen Geschäftsverbindung erwachsend sind also alle Forderungen anzusehen, die die Bank dadurch erworben hat, daß sie im Rahmen der so festgelegten Verbindung bankmäßige Geschäfte mit dem Kunden getätigt hat, oder - wie der BGH⁴⁾ formulierte - in diesem Rahmen mit dem Kunden (gegenseitige) Verträge abgeschlossen hat.

Forderungen der Bank, die aus dem so beschriebenen Geschäftskreis herühren, sind damit ausreichend exakt bestimmbar.

1) Protokolle, S. 582.

2) Philipowski, a. a. O.

3) Schönle, S. 4 ff.; S. 49 f.

4) a. a. O.

Die Formulare, die die durch die Grundschild gesicherten Forderungen so bestimmen, entsprechen allen Anforderungen.

c) Einzelne Ansprüche

Fraglich ist nun, welche Forderungen im einzelnen dem so bestimmten Forderungskreis zuzurechnen sind.

aa. Soweit sich Forderungen aus Geschäften zwischen Bank und Schuldner ergeben, etwa aus einer Kreditaufnahme, einem Überweisungsauftrag, einem Aktienkauf oder aus einer Depotverwaltung, fallen sie aufgrund des Bezugs zu § 1 I 2 KWG in den oben definierten Forderungskreis.

Dasselbe gilt für Forderungen der Bank aus Bürgschaften, die der Kreditnehmer der Bank gegenüber für die Schuld eines Dritten übernommen hat, sowie aus Gewährleistungsbürgschaften, die die Bank für Geschäfte des Kreditnehmers übernommen hat¹⁾. Denn dabei handelt es sich um vornehmlich von Banken betriebene Geschäfte.

Kein Bedenken ergibt sich aus den Überlegungen Schmidt-Salzers²⁾, der die von Ziff. 19 AGB erstrebte Erstreckung des Pfandrechts der Bank auf alle Forderungen dann für unwirksam erklärt, wenn die Sicherheit für eine ganz bestimmte Forderung gegeben sei. Denn anders als bei AGB geht es hier nicht um Klauseln, die zwar Inhalt, aber nicht ausdrücklicher (Wort für Wort) Inhalt des Einzelvertrags geworden sind. Hier handelt es sich vielmehr um zwar vorformulierte, aber doch individuelle, konkrete Erklärungen des Eigentümers. Mag man auch bei der Kontrolle von Formularverträgen strenge Maßstäbe anlegen, so handelt es sich hier jedenfalls nicht um eine überraschende, unbillige, Machtpositionen ausnutzende Klausel, sondern um eine deutlich sichtbare, ihrem

1) Schönle, S. 9; S. 306 ff.

2) Rdn. 227.

Inhalt nach leicht verständliche und sowohl dem Interesse der Bank als auch des Kunden entsprechende (Vermeidung permanenter Neubestellung von Sicherheiten vor z.B. Kreditvergabe) Formularerklärung.

bb. Wie ist es, wenn die Bank von einem anderen Kunden dessen Forderungen gegen den Schuldner, der zugleich Eigentümer des belasteten Grundstücks ist, erwirbt?

Werden auch diese von der Formulierung "alle Forderungen aus bankmäßiger Geschäftsverbindung" erfaßt?

Es ist davon auszugehen, daß der Kunde in den meisten Fällen die Grundschuld herzugeben bereit ist, weil er nur so einen Kredit erhalten kann. Ein Rechtsgeschäft zur Erreichung dieses Zwecks ist demnach Hergabe einer Aktivforderung zur eventuellen Deckung einer (künftigen) Passivforderung aus einem Geschäft mit der Bank.

Dieser Zweck bestimmt den rechtlichen Inhalt des Geschäfts: Der Grundschuldbesteller will nur solche Forderungen sichern, die die Bank aus einem Geschäft mit ihm, aus einem Vertrag mit ihm, d.h. mit seinem Willen erwirbt.

Von Dritten erworbene Forderungen der Bank werden grundsätzlich nur dann durch die Grundschuld gesichert, wenn sie mit Willen des Grundschuldbestellers erworben wurden¹⁾, denn nur dann können sie einer Forderung aus einem Geschäft zwischen Bank und Kunden auf der Grundlage

1) BGH WM 1964, S. 813; LG Bochum v. 28.10.1963 - 3 C 148/63 -, unveröffentlicht; ebenso der Schweizerische BGH (BGE 51 II 273), zitiert bei Liesecke, WM 1969, S. 546 (549); Koch, S. 187; Stockmayer, S. 44; Scholz, S. 127; RGZ Bd. 18, S. 232 (234) unter Hinweis auf § 373 HGB und ROHG Bd. 5, Nr. 66; a.A.: Rabel, NJW 1953, S. 1247.

gegenseitiger Willensübereinstimmung gleichgestellt werden. Auch eine Berufung auf das allgemeine Pfandrecht der Bank aus Ziff. 19 IV AGB könnte in diesem Falle keinen Erfolg haben. Darunter fiel zwar grundsätzlich auch eine durch Abtretung erworbene Forderung der Bank gegen den Kunden¹⁾. Insoweit weicht jedoch die Zweckerklärung, die nur die Ansprüche aus der Geschäftsverbindung für gesichert erklärt, von den AGB ab, die auch von Dritten erworbene Forderungen erfassen. Dabei ist von dem Grundsatz auszugehen, daß bei einer derartigen Kollision zweier Vertragsbestimmungen, die jeweils speziellere, aktuell vereinbarte, individuellere Abrede gilt, nicht die erst durch Bezugnahme Vertragsinhalt werdende Abrede²⁾. Denn AGB können rechtswirksam nur eine Ausgestaltung, nicht aber eine Umgestaltung oder Erweiterung des Schuldverhältnisses herbeiführen³⁾. Die derart speziellere Abrede ist die Zweckerklärung, sie ist maßgeblich⁴⁾. Insoweit kann Ziff. 19 AGB keine Bedeutung erlangen.

Zudem ist zu bedenken, daß die Berufung auf Ziff. 19 AGB, die "Verklausedierte" Bestimmung in deutschen AGB⁵⁾, neben einem selbst verklausedierten Vertrag nicht in Frage kommt: Verständige Aufnahme von Formular- und AGB-Inhalt konnte die Bank nicht erwarten: insofern wird die Ziff. 19 AGB als sogenannte überraschende Klausel nicht Vertragsinhalt des Sicherungsvertrags.

1) Schütz, BFB, S. 416.

2) Huber, S. 102; Schmidt-Salzer, S. 135 ff., S. 57 ff.; vgl. auch: Kollhoser, JR 1973, S. 315 (317).

3) OLG Frankfurt, WM 1973, S. 1150.

4) Huber, a.a.O.; vgl.: BGH WM 1964, S. 813.

5) Liesecke, WM 1969, S. 546.

Die AGB stehen hier unter dem Vorbehalt der Vereinbarkeit mit dem Sicherungsvertrag (Vorrang des Individualvertrags).

Dabei ist Schmidt-Salzer¹⁾ nicht zuzustimmen, wenn er die Einschränkung macht, dieses Ergebnis gelte nicht, wenn auf die AGB ausdrücklich Bezug genommen werde. Ob auf die AGB ausdrücklich Bezug genommen wird oder nicht, ist unerheblich: in jedem Falle sind die AGB - wie immer man das rechtlich konstruieren will - Inhalt des Einzelvertrags. Der Vertrag enthält insoweit zwei divergierende Abreden; dann muß, da es sich hier um Formularverträge handelt, die nach denselben Prinzipien wie AGB auszulegen sind, die dem Aufsteller weniger entgegenkommende Auslegung vorgenommen werden, und das ist hier die oben Genannte.

Auch die ausdrückliche Verweisung auf die AGB in den Zweckerklärungen vermag daher nicht die Geltung der Ziff. 19 AGB herbeizuführen.

Dasselbe Ergebnis läßt sich auch daraus herleiten, daß der Schuldner die Grundsuld als Quasi-Gegenleistung für Leistungen der Bank gegeben hat, und zwar in der Art, daß die Grundsuld der Bank für ihre Leistungen an den Schuldner gegeben wird, aus denen ihr Forderungen gegen ihn erwachsen. Das ist wohl regelmäßig die Vorstellung des Laien. Dann haftet die Grundsuld nur für solche Forderungen der Bank, die aus einer dem Schuldner adäquaten Vorteil bringenden Leistung der Bank stammen. Die Hereinnahme von Forderungen Dritter durch die Bank bringt dem Schuldner aber keinen Vorteil, allenfalls Nachteil durch Schmälerung seines Kreditrahmens²⁾.

cc. Wie ist es aber, wenn Grundstückseigentümer und Kreditnehmer verschiedene Personen sind und die Bank von Dritten deren Forderungen gegen den Kreditnehmer erwirbt? Sind diese nun auch durch die Grund-

1) a. a. O.

2) Jung, JW 1933, S. 1474.

schuld gesichert?

(a) Nach dem oben Gesagten ist das im Ergebnis eindeutig zu bejahen, wenn sowohl Grundschuldbesteller als auch Kreditnehmer mit dem Erwerb der Forderungen durch die Bank einverstanden waren.

(b) Ebenso eindeutig zu verneinen ist die Frage, wenn weder Eigentümer noch persönlicher Schuldner mit dem Erwerb der Forderung einverstanden waren.

(c) Wie ist es nun, wenn die Forderung zwar nicht mit Willen des Grundschuldbestellers, wohl aber mit Willen des Kreditnehmers durch die Bank erworben wurde?

Dabei ist einerseits zu beachten, daß der Grundschuldbesteller, dessen Grundstück für fremde Schuld haften soll, einernsthaftes Interesse daran hat, über die Risiken, die die Sicherheitenstellung mit sich bringt, einen genauen Überblick zu haben. Danach ist grundsätzlich davon auszugehen, daß die von einem Dritten gestellten Sicherheiten nicht in gleichem Umfang wie vom Schuldner selbst gestellte Forderungen der Bank herangezogen werden können¹⁾.

Andererseits ist jedoch zu beachten, daß der Grundschuldbesteller - aus welchem Grund auch immer - mit der Besicherung der Forderungen der Bank gegen den Kreditnehmer ein Risiko eingegangen ist. Dieses ergibt sich zum einen aus dessen eventueller Insolvenz oder auch nur fehlender Zahlungsmoral; zum anderen aber bleibt es auch dem Kreditnehmer unbenommen, ständig neue Forderungen der Bank gegen sich zu begründen, so daß die Grundschuld als Sicherheit permanent voll ausgeschöpft ist²⁾. Der Grundschuldbesteller deckt mit der Grundschuld gerade das Risiko der Bank aus Forderungen gegen den Kreditnehmer aus der

1) BGH WM 1964, S. 813.

2) vgl. (in anderem Zusammenhang) Janberg, Bankarch. 1936, S. 323 (324) und Scholz, Festschr. Möhring, S. 419 (438).

Geschäftsverbindung. Forderungen aus der Geschäftsverbindung sind aber nach dem oben Gesagten alle Forderungen der Bank gegen den Kreditnehmer, die mit dessen Willen begründet wurden. Ob dieser damit das in ihn gesetzte Vertrauen des Grundschuldbestellers bricht, ist im Verhältnis der Bank zum Eigentümer unbeachtlich. Eine Grenze findet sich erst im kollusiven Zusammenwirken zwischen Bank und Kreditnehmer zum Nachteil des Eigentümers.

dd. Fallen unter diese Formulierung nun auch Forderungen der Bank aus Wechseln?

Diese können sich auf verschiedene Weise ergeben:

(a) Der Sicherungsgeber akzeptiert einen von der Bank ausgestellten Wechsel. Die so begründete Forderung ist unzweifelhaft durch die Grundsuld gesichert, da es sich um eine mit Willen des Schuldners erworbene Forderung gegen ihn handelt.

(b) Der Sicherungsgeber akzeptiert einen von einem Dritten ausgestellten Wechsel, den die Bank später von einem Dritten erwirbt. Nur wenn das mit Willen des Sicherungsgebers geschieht, etwa indem der Sicherungsgeber den Wechsel der Bank zum Diskont hereinreicht, sichert die Grundsuld nach dem weiter oben Gesagten nunmehr auch die wechselfähige Forderung der Bank, Art. 28 WG¹⁾.

(c) Wie ist es nun, wenn der Grundschuldbesteller nicht zugleich der persönliche Schuldner ist und die Bank die Wechselforderung mit Willen lediglich des persönlichen Schuldners erwirbt, der den von einem Dritten ausgestellten Wechsel akzeptiert hat?

1) vgl. BGH NJW 1964, S. 2056; ebenso: Liesecke, WM 1969, S. 546 (551, 549); Scholz, S. 127.

Die scheinbar entgegenstehende Entscheidung des BGH in WM 1957, S. 1430 beruht auf besonderen Umständen des Einzelfalles.

Der Grundschuldbesteller - gleichgültig aus welchem Grund er die Grundsuld für die Schuld eines anderen hingegeben hat - wußte bei der Sicherungsstellung, daß der Kreditnehmer neue Verbindlichkeiten gegenüber der Bank eingehen konnte. Seine Grundsuld sollte Verbindlichkeiten aus allen denkbaren bankmäßigen Geschäften eingehen. Dazu aber gehört auch das Wechselgeschäft¹⁾. Eine mit Willen des Kreditnehmers eingegangene Wechselverbindlichkeit (sei es aus Art. 9 WG, sei es aus Art. 15 WG oder aus Art. 28 WG) ist eine Forderung der Bank aus bankmäßiger Geschäftsverbindung, zu deren Sicherung er die Grundsuld hingegeben hat.

Etwas anderes hat lediglich zu gelten, wenn Bank und Kreditnehmer böswillig zum Nachteil des Sicherungsgebers kollusiv zusammenwirken. In diesem Fall verstieße eine Unterstellung der Wechselforderung unter die Grundsuld gegen Treu und Glauben, § 242 BGB.

(d) Erwirbt die Bank die Wechselforderung jedoch weder mit dem Willen des Kreditnehmers, noch des Grundschuldbestellers, so gilt alles oben Gesagte: Dies ist keine Forderung aus bankmäßiger Geschäftsverbindung²⁾.

(e) Der Kreditnehmer akzeptiert einen von einem Dritten ausgestellten Wechsel und gibt in einem "Domizilvermerk" die Bank als Zahlstelle an, die den Wechsel später von dem Dritten erwirbt.

Haftet nun die Grundsuld, die der mit dem Kreditnehmer nicht personengleiche Grundstückseigentümer bestellt hat, auch für diese Forderung der Bank?

1) Schönle, S. 49 f.

2) BGH, a.a.O..

In dem Domizilvermerk auf dem Wechsel liegt ein Auftrag des Akzeptanten an die Domizilbank, den Wechsel bei Vorlegung einzulösen¹⁾. Das, aber auch nur das, ist der Inhalt des Auftrages. Erwirbt die Bank also schon vorher den Wechsel vom Inhaber, so hält sie sich dabei nicht im Rahmen des Auftrags. Denn dieser Auftrag ist jederzeit bis zur tatsächlichen Vorlegung widerrufbar, § 671 BGB. Damit kann der Akzeptant verhindern, daß die Bank durch die auftragsgemäße Einlösung einen Anspruch aus § 670 BGB gegen ihn erwirbt, der als Anspruch aus bankmäßiger Geschäftsverbindung durch die Grundsuld gesichert wäre.

Der nicht auftragsgemäße Erwerb des Wechsels vor Vorlegung gibt der Bank damit keinen Anspruch aus § 670 BGB. Für eine eventuelle wechselmäßige Forderung gilt dasselbe wie oben gesagt.

(f) Löst die Bank dagegen einen solchen Wechsel bei Vorlegung ein, so erwirbt sie einen Anspruch aus § 670 BGB gegen den Akzeptanten, der durch die Grundsuld gesichert ist²⁾.

(g) Die Bank erwirbt einen vom Kreditnehmer ausgestellten Wechsel und rückbelastet ihn bei Nichteinlösung durch den Akzeptanten. Ist die durch die Rückbelastung entstehende Forderung durch die Grundsuld gesichert?

(aa) Wenn die Bank den Wechsel direkt vom Kreditnehmer erwirbt (Diskont), so ergibt sich ihr Rückbelastungsrecht aus Ziff. 42 AGB. Die so entstandene Forderung der Bank ist also zweifelsohne eine aus der bankmäßigen Geschäftsverbindung erwachsene.

(bb) Wenn die Bank den Wechsel erst nach dessen weiterem Umlauf durch Indossierung von einem Dritten auf sich erwirbt, so gilt dasselbe wie weiter oben gesagt: die Grundsuld sichert die Forderung der Bank

1) Baumbach-Hefermehl, Art. 4, Rdn. 3; BGH WM 1969, S. 1447.

2) BGH WM 1964, S. 813; Huber, S. 101 in Anm. 3a.

nur, wenn diese den Wechsel mit dem Willen des Kunden erworben hat¹⁾.

Im Ergebnis bleibt festzuhalten, daß die Formulierung "alle Forderungen aus bankmäßiger Geschäftsverbindung" keineswegs alle aus Wechseln entstehenden Forderungen der Bank zu erfassen vermag.

ee. Wie ist es nun, wenn in der Zweckerklärung als Gläubigerin der gesicherten Forderungen eine Filiale einer Filialbank genannt ist?

(a) Sichert die Grundsuld dann auch Forderungen anderer Filialen der Filialbank gegen den Schuldner?

Die einzelne Zweigniederlassung hat zwar in der Regel keine eigene Rechtspersönlichkeit²⁾, doch wird es oft dem Willen der Sicherungsvertragsparteien entsprechen, daß lediglich Forderungen der Zweigniederlassung aus deren konkreten Geschäftsverbindungen mit dem Schuldner gesichert werden sollen. Denn nur mit dieser hat der Schuldner im konkreten Falle zu tun; es dürfte kaum einer laienhaften Vorstellung (im übrigen auch kaum dem Willen der Bank im aktuellen Moment) entsprechen, daß er die Grundsuld auch zur Sicherung von eventuellen Forderungen einer anderen Zweigniederlassung der Filialbank bestellt. Auch die Berufung auf Ziff. 19 AGB, wo die Haftung jeder in die Verfügungsgewalt irgendeiner Stelle der Bank gelangten Sicherheit auf alle Verbindlichkeiten des Schuldners bestimmt ist, muß versagen; denn es ist als ausdrücklicher vertraglicher Ausschluß des allgemeinen Pfandrechts der Bank anzusehen, wenn beide Parteien sich einig sind, daß die Grundsuld nur für Forderungen der Zweigniederlassung haften soll³⁾. Im übrigen muß in diesem

1) Für die Fälle des Auseinanderfallens von Sicherungsgeber und Kreditnehmer gilt Entsprechendes wie oben bereits erörtert.

2) Scholz, S. 127; Serick II, S. 55.

3) a.A. offenbar: LG Bochum v. 28.10.1963, 3 O 148/63, OLG Hamm v. 14.6.1965, 5 U 28/65 und LG Hagen v. 20.11.1964, 2 O 97/64 in derselben Sache; alle unveröffentlicht; wie hier der Tendenz nach: RG Z Bd. 126, S. 348; BGH WM 1968, S. 695; Stockmayer, S. 62.

Fall die Regel gelten, daß im Zweifel bei Vorliegen von AGB und Einzelverträgen deren speziellere Regelung gilt, soweit nicht ausdrücklich Bezug auf die AGB genommen wurde¹⁾. Denn wenn der Vertragspartner der Bank, der sowieso den AGB der Bank sich gewissermaßen "ohnmächtig" unterwirft, mit dieser einen ausgeklügelten, klauselgefüllten, schriftlich konkretisierten Vertrag schließt, dann muß er auf dessen Inhalt vertrauen können. Die Bank kann die Nichteinbeziehung dieser Forderungen in diesen Vertrag nicht über die AGB in eine Einbeziehung unwandeln. Ihre Forderungen werden also durch die Grundsuld nicht gesichert.

(b) Vollends muß dieses Ergebnis gelten, wenn Schuldner und Grundstückseigentümer verschiedene Personen sind. Denn einmal hat der Grundsuldbesteller im Zweifel allenfalls Überblick (bzw. kann sich diesen verschaffen) über den Rahmen der Geschäftsbeziehungen des Schuldners zu der konkreten Zweigniederlassung. Zum andern kann hier Ziff. 19 AGB erst recht keine Bedeutung haben, da diese nur Pfandgegenstände dessen betrifft, der Schuldner der Bank ist, hier aber die Grundsuld gerade nicht vom Schuldner gegeben wurde.

(c) In der Praxis stellt sich dieses Problem meist nicht, da alle Großbanken in der Zweckerklärung die Haftung der Grundsuld für alle Forderungen der jeweiligen Filiale und der sonstigen Niederlassungen der Großbank vorsehen.

(d) Dieselben Ergebnisse wie zu (a) und (b) gelten auch in folgenden Fällen aus denselben Gründen:

1. Wenn eine bestimmte Zweigstelle eines Filialunternehmens Kreditnehmerin ist - was in der Regel nur dann der Fall ist, wenn die Zweigstelle handelsgerichtlich eingetragen ist - haftet die Sicherheit im Zweifel nur für die Schuld dieser Zweigstelle.

1) vgl. Schmidt-Salzer, S. 135 ff., S. 57 ff.

2. Der Schuldner, ein Kaufmann, betreibt verschiedene selbständige Handelsgeschäfte. Dann haftet die Grundschild nur für die Schuld des genannten Geschäftes¹⁾.

3. Der Schuldner ist Gesellschafter einer Gesellschaft, für deren Verbindlichkeiten er haftet, vergl. § 128 HGB.

Dann haftet die Grundschild mangels ausdrücklicher Abrede nicht für die Forderung gegen die Gesellschaft, sondern nur für die Forderung gegen den genannten Schuldner aus dessen Schuld (die Verbindlichkeit aus z.B. § 128 HGB begründet keine Schuld, nur eine Haftung)²⁾.

Dabei muß auf Ziff. 19 AGB geachtet werden, wonach die Grundschild auch als Sicherheit für Schulden der Unternehmen dient, für die der Schuldner persönlich haftet. (Unter die Geschäftsverbindungs-Forderung fallen solche Ansprüche deshalb nicht, weil der Schuldner insoweit nur haftet, nicht schuldet.) Auch insoweit ist aus denselben Gründen, wie eben S. 18 erörtert, eine Geltung der Ziff. 19 AGB hier abzulehnen.

(e) Soweit die Grundschild zur Sicherung von Forderungen einer Großbank bestellt wurde, ist eine Haftung der Grundschild für Forderungen von anderen als in der Zweckerklärung genannten, mit der Gläubigerin verbundenen Bankunternehmen (§ 15 AktG) aus denselben Gründen, wie eben S. 18 erörtert, abzulehnen.

ff. Ein Sonderproblem ergibt sich dann, wenn auch der Grundschildbesteller Kunde der Bank ist³⁾ und zwischen ihnen die AGB gelten.

Was ist dann, wenn auch der Grundschildbesteller der Bank selber etwas schuldig ist?

1) zu diesem gesamten Fragenkomplex vgl. Scholz, S. 127.

2) Scholz, S. 144.

3) allein durch die Grundschildbestellung wird der Grundstückseigentümer noch nicht Kunde, für den die AGB gelten; vgl. Scholz, S. 95; Liesecke, WM 1969, S. 546 (555); OLG Frankfurt, WM 1973, S. 1150.

Denn in Ziff. 19, 4 AGB heißt es unter anderem, "alle der Bank sonst als Sicherheit dienenden Werte haften auch dann für sämtliche Forderungen der Bank, wenn sie nur für eine besondere Forderung als Sicherheit gegeben worden sind, es sei denn, daß die Haftung für andere Forderungen ausdrücklich ausgeschlossen ist".

Sichert die Grundschuld auch die Forderungen der Bank gegen den Grundschuldbesteller¹⁾?

Gegen die Wirksamkeit der Bestimmung ergeben sich keine Bedenken²⁾.

Die Grundschuld kann ohne Zweifel auch Forderungen gegen mehrere Schuldner sichern; das ergibt sich aus dem schon in der Einleitung Gesagten. Bei einer Würdigung der Interessenlage beider Parteien ergibt sich folgendes: Die Bank hat ihr anzuerkennendes Interesse an möglichst weitgehender Sicherung in Ziff. 19 AGB zum Ausdruck gebracht. Es handelt sich um AGB, die im Zweifel zu Ungunsten dessen ausgelegt werden, der sie formuliert hat³⁾. Diese sind daher im Interesse des Kunden, der - nicht wie bei normalen Verträgen - keinerlei Mitwirkungsbefugnisse an ihrem Inhalt hat, möglichst eng auszulegen. Des weiteren kann man von der Bank erwarten, daß sie es klar zum Ausdruck bringt, wenn sie eine weitere Haftung als die im aktuellen Fall direkt angesprochene Haftung für die Schuld des Kreditnehmers wünscht. Auch die Formulierung der Ziff 19, 4 AGB spricht vom Wortsinn her nicht für eine derart weite Auslegung: in erster Linie soll offensichtlich erreicht werden, daß die der Bank für eine bestimmte Forderung gegen den Kunden gegebenen Sicherheiten auch für dessen weitere Verbindlichkeiten der Bank gegenüber haften. Zumindest ist dem Kunden

1) der einzige Hinweis auf die Lösung dieses Problems findet sich bei Schütz, BFB, S. 25, in der Bemerkung, ob Ziff. 19, 4 AGB auch für diesen Fall gelte, hänge von der Fassung der betreffenden Sicherungszweckerklärung ab.

2) Liesecke, WM 1969, S. 546; BGH WM 1957, S. 1097.

3) vgl. Serick I, S. 34 m. w. N.

nicht ersichtlich (vgl. §§ 130, 133 BGB), daß die von ihm für fremde Schuld gegebene Sicherheit auch für eigene Verbindlichkeiten haften soll. Den in erster Linie hinter der Bestimmung stehenden Zweck, eine permanente Neubestellung von Sicherheiten für neu entstandene Verbindlichkeiten zu vermeiden, vermag der Kunde zu erkennen, nicht aber einen weitergehenden Inhalt.

Etwas anderes muß lediglich dann gelten, wenn die Zweckerklärungsformularklausel "...alle Forderungen gegen mich/uns den/die" ordnungsgemäß ausgefüllt ist: denn dann ist erkennbar, daß eine Erstreckung der Grundsuldhaftung auch auf gegen den Eigentümer selbst gerichtete Forderungen gewollt ist. Ordnungsgemäß ausgefüllt ist sie dann, wenn das Formular der individuellen Situation genau angepaßt ist, alle im konkreten Fall überflüssigen Wörter gestrichen sind. Eine ordentliche Ausfüllung liegt damit insbesondere dann z.B. nicht vor, wenn nur ein vom Eigentümer verschiedener Schuldner vorhanden ist, der "mich/uns"-Teil aber nicht durchgestrichen ist, oder auch nicht im umgekehrten Fall. Mit solch nachlässiger Individual-Vertragsgestaltung bringt die Bank nicht ersichtlich ihren auf Erstreckung der Grundsuldhaftung gerichteten Willen zum Ausdruck. In der Zweckerklärung wird ausdrücklich die Haftung (nur) für die Schulden eines anderen vereinbart; eine solche ausdrückliche Abrede, daß eine Sicherheit (nur) für eine bestimmte Forderung haften solle, ist aber als ausdrücklicher Haftungsausschuß bezüglich anderer Forderungen anzusehen¹⁾, womit die Anwendung der Ziff. 19,4 AGB nach ihrem eigenen Wortlaut ausscheidet²⁾. Wenn die Bank etwas anderes erreichen will, mag sie das ausdrücklich bei der Bestellung der Grundsuld vereinbaren, in der Zweckerklärung zum Ausdruck bringen.

1) vgl. RG Z Bd. 126, S. 348; BGH WM 1968, S. 695.

2) vgl. BGH WM 1961, S. 350; im Ergebnis ebenso: Schmidt-Salzer, S. 139 ff.; OLG Frankfurt WM 1973, S. 1150; Scholz, S. 124; in anderem Zusammenhang: Scholz, Festschr. Möhring, S. 419 (438); vgl. auch Kollhossner, JR 1973, S. 315 (319); BGH WM 1968, S. 695; NJW 1973, S. 1754.

gg. Direkt an dieses Problem schließt sich folgende Frage an:

Was ist, wenn Grundstückseigentümer und Kreditnehmer verschiedene Personen sind und der Grundstückseigentümer Schulden bei einer anderen Zweigniederlassung als der Grundschildgläubigerin = Zweigniederlassung hat?

Die Antwort läßt sich aufgrund des Vorhergehenden rasch finden: Der Sicherungsgeber gibt die Grundschild ausschließlich für die Schuld des Kreditnehmers bei der konkreten Zweigniederlassung. Für seine eigenen Schulden bei einer anderen Zweigniederlassung kann nichts anderes gelten, als wenn es sich um dieselbe Bank handelt oder der Kreditnehmer bei einer anderen Zweigniederlassung Schulden hat. (Siehe jedoch das oben S. 19 Gesagte.)

hh. (a) Fallen unter die "Forderungen aus bankmäßiger Geschäftsverbindung" auch Forderungen der Bank gegen den Schuldner-Eigentümer, die daraus entstanden sind, daß der Schuldner für einen Dritten gegenüber der Bank eine Bürgschaft übernommen hat und der Dritte zahlungsunfähig wird?

Es ist zunächst zweifelhaft, ob die Forderung aus einer Bürgschaft des Schuldners eine aus bankmäßiger Geschäftsverbindung ist. Denn die Bürgschaft des Schuldners ist kein bankmäßiges Geschäft im Sinne des § 1 KWG, da unter § 1 I 2 Nr. 8 KWG nur Bürgschaften der Bank fallen. Doch wird man wohl sagen können, daß Bürgschaften vornehmlich gegenüber Banken abgegeben werden, daß die Entgegennahme von Bürgschaften ein eher bankentypisches als "Normal-Bürger"-typisches Sicherungsgeschäft ist.

Weiterhin ist fraglich, ob die Bürgschaftsschuld aus der Geschäftsverbindung mit dem Kunden erwachsen ist. Bei der Schuld aus der Bürgschaft handelt es sich aber um eine notwendigerweise mit Willen des Schuldners erworbene Forderung der Bank. Sie stammt also aus der Geschäftsverbin-

dung mit dem Schuldner und ist daher durch die Grundschild gesichert¹⁾.

(b) Gilt dasselbe, wenn Schuldner und Eigentümer personenverschieden sind?

Notwendigerweise handelt es sich - wie gesagt - um eine mit Willen des Schuldners erworbene Forderung. Bedenken dagegen, daß die Grundschild deshalb für diese Forderung haftet, ergeben sich daraus, daß die Grundschild damit letztlich für Verbindlichkeiten eines Dritten haftet, quasi eine "Nach-Grundschild", entsprechend einer Nachbürgschaft²⁾, wird. Denn der Eigentümer gab die Grundschild nur zur Sicherung der Verbindlichkeiten des Schuldners.

Doch wurde bereits oben darauf hingewiesen, daß der Eigentümer keinerlei Einflußmöglichkeiten darauf hat, welche Forderungen die Bank im Laufe der Geschäftsverbindung mit Willen des Schuldners gegen diesen erwirbt. Genauso ist es mit Forderungen aus einer Bürgschaft. Diese stammt aus der Geschäftsverbindung, ist eine eigene Verbindlichkeit des Schuldners, die aus seinem Vermögen zu bestreiten ist, und daß letztlich Verbindlichkeiten Dritter getilgt werden, ist insoweit ohne Belang. Auch daß der Kreis der gesicherten Forderungen insoweit unüberschaubar würde, als die Forderungen gegen den Dritten eventuell aus dessen Bürgschaft für weitere Dritte stammen, ist kein durchschlagendes Bedenken; denn die durch die Grundschild gesicherte Forderung der Bank ist eine einzig gegen den Schuldner gerichtete³⁾. Die Grundschild sichert daher

1) ebenso: Liesecke, WM 1969, S. 546 (549).

2) vgl. Karmasin, BB 1968, S. 1364 ff. zur entsprechenden Problematik bei der Sicherung durch Bürgschaft.

3) wie hier: Liesecke, a.a.O.; a.A. weitgehend: Scholz, S. 128; insoweit für die Bürgschaft gleicher Auffassung: OLG Bamberg vom 6.10.1970, unveröffentlicht; RGRK-Fischer, § 765 Anm. 12; Soergel, § 765 Anm. 2 für die Bürgschaft anderer Meinung: LG Bamberg v. 27.2.1970, 2 O 122/69, unveröffentlicht, und Karmasin, a.a.O., der jedoch zu sehr den Gesichtspunkt des Ursprungs der zu tilgenden Forderungen hervorhebt, ohne zu beachten, daß die Bürgschafts-forderung gegen den Schuldner gerichtet ist, dieser mit seinem ganzen Vermögen dafür haftet und dessen Leistungskraft der Eigentümer sichern sollte und wollte.

auch solche Forderungen.

(c) Dieselben Ergebnisse gelten aus denselben Gründen für den Fall, daß der Schuldner die Verbindlichkeiten eines Dritten übernimmt oder den Schulden beitr¹⁾).

ii. Fallen unter "alle Forderungen aus der bankmäßigen Geschäftsverbindung" auch die mit den Forderungen verbundenen Nebenansprüche, wie Zinsen und Kosten der Rechtsverfolgung?

(a) Nach dem auf die Grundsuld über § 1192 BGB entsprechend anwendbaren § 1118 BGB haftet das Grundstück über den eingetragenen Betrag hinaus für die gesetzlichen Zinsen (z. B. aus Verzug) aus dem Grundschuldkapital²⁾.

Das Grundstück haftet demnach

1. über § 1191 I BGB für das eingetragene Kapital
2. über § 1191 II BGB für die eingetragenen Zinsen des Grundschuldkapitals
3. über §§ 1118, 1192 BGB für die gesetzlichen Zinsen des Grundschuldkapitals.

Für die Haftung für die Zinsen der gesicherten Forderungen ergibt sich aus dem Gesetz nichts.

Aus den Formulierungen der Zweckerklärungen, z. B.: "die Grundschuld nebst allen Nebenrechten, wie Zinsen etc." folgt zunächst, daß die Grundschuldzinsen für das Kapital der gesicherten Forderung haften³⁾. Die vertraglich ausbedungenen Zinsen der Forderung sind durch Grundschuldkapital und -zinsen deshalb gesichert, weil sie eben auch Forde-

1) vgl. BGH WM 1969, S. 1276, der das Ergebnis als "nicht zweifelhaft" bezeichnet.

2) Huber, S. 103.

3) vgl. Scholz, S. 363 und S. 125; Huber, a. a. O.; RG JW 1912, S. 343; RG Seuff Arch. Bd. 87, Nr. 29.

rungen aus der Geschäftsverbindung sind.

Die Kreditzinsen werden also durch Grundschuldkapital und -zinsen gesichert, das Kreditkapital ebenfalls.

Haftet das Grundstück aber auch für die gesetzlichen Zinsen der Forderungen (Verzugs- oder Prozeßzinsen)?

§ 1118 BGB gibt für die Auslegung den leitenden Gesichtspunkt:

wenn es der Gesetzgeber bei der Hypothek als gerecht angesehen hat

(und das ist von seiner Intention nichts anderes als Festschreibung typisierten Parteiwillens), daß diese auch für die gesetzlichen Zinsen der

Forderung haftet, dann darf man mangels ausdrücklicher Vereinbarung

in der Zweckerklärung auch bei der Sicherungsgrundschuld davon aus-

gehen, daß der Sicherungsgeber nicht nur das Risiko der Zahlung über-

haupt, sondern auch das der pünktlichen Zahlung sichern sollte und

wollte¹⁾. Dasselbe Ergebnis läßt sich aus einer Anwendung der Gedanken

des § 1210 BGB gewinnen. Zudem beruhen auch solche Forderungen auf

der Geschäftsverbindung.

(b) Bezüglich der Kosten ergibt sich aus den §§ 1191, 1118 BGB, daß

die Prozeßkosten, soweit der Grundschuldbesteller sie nach §§ 91, 788

ZPO zu tragen hat, der Sicherung durch die Grundschuld unterfallen.

§ 1118 BGB bezieht sich jedoch nur auf Kosten, die aus der Rechtsver-

folgung wegen der Grundschuld erwachsen, nicht auch auf die Kosten wegen

der Forderung. Was gilt nun für diese?

Unter den Begriff "aus der Geschäftsverbindung" fallen diese Ansprüche

nur bei sehr weitgehender Auslegung. Aus allgemeinen Grundsätzen aber ist

eine solch weitgehende Auslegung nicht möglich.

1) Huber, S. 104; Scholz, S. 126.

Die Hypothek haftet nach allgemeiner Ansicht nämlich nicht wegen dieser Kosten¹⁾. Grund dafür ist, daß der Hypothekengläubiger bei Nichterfüllung der Forderung sofort aus der Hypothek vorgehen kann, eine gerichtliche Durchsetzung der Forderung demnach keine zweckentsprechende Rechtsverfolgung ist²⁾. Für das Pfandrecht ist in § 121o II BGB ähnliches geregelt.

Dieselben Erwägungen gelten bei der Sicherungsgrundschild: wenn die Forderung nicht erfüllt wird, kann sich die Bank an die Verwertung der Grundschild machen³⁾. Die Kosten eines Prozesses wegen der Forderung sind nicht gesichert.

kk. Fällt unter die Sicherung durch die Grundschild eine Forderung auch dann, wenn sie durch Schadensersatz- oder Bereicherungsansprüche erweitert oder verändert wird?

In diesen Fällen, die sich etwa infolge Nichtigkeit des Darlehnsvertrages, infolge eines über den Rahmen des § 288 I 1 hinausgehenden Verzugschadens oder infolge eines Schadens wegen Nichterfüllung ergeben können, bietet § 767 I 2 BGB einen Anhaltspunkt. Diese Vorschrift unterwirft auch die durch Verschulden oder Verzug geänderten Ansprüche gegen den Hauptschildner der Bürgenhaftung.

Nach dem weiter oben Gesagten haftet die Grundschild im Zweifel nicht nur für die Erfüllung der Hauptforderung überhaupt, sondern auch für pünktliche Erfüllung. Das gilt sowohl, wenn Kreditnehmer und Grundstückseigentümer personengleich, wie auch dann, wenn sie verschieden sind.

In Anlehnung an dieses Ergebnis und an § 767 I 2 BGB läßt sich der Satz dahingehend erweitern, daß die Grundschild - gleichgültig, wer sie be-

1) RG Z Bd. 90, S. 171; Palandt-Hoche, § 1118, Anm. 3b.

2) Huber, S. 105.

3) Huber, S. 105/106; Scholz, S. 125; a.A.: AG Hamburg-Altona, 15 C 429/60, unveröffentlicht, für den Fall einer Bürgenschaft.

stellt hat - regelmäßig für ordnungsgemäße Erfüllung haftet. Dagegen spricht auch nicht der Gesichtspunkt der Risikobegrenzung für den vom Kreditnehmer verschiedenen Grundsuldbesteller¹⁾. Diesem ist bei der Sicherheitenstellung bewußt, daß er diese für vertragsgemäße Erfüllung durch den Kreditnehmer hingegeben hat. Daß der Bank durch nicht vertragsgemäßes Verhalten des Kreditnehmers ein über den durch § 288 BGB gesteckten Rahmen hinausgehender Schaden, sei es infolge Zahlungsverzug oder infolge Nichterfüllung, entstehen kann, war für ihn überschaubar. Die Grundsuld haftet daher auch für die durch Schadensersatzanspruch veränderte Forderung der Bank²⁾. Wenn der Darlehnsvertrag von Anfang an nichtig ist, so gilt bei der Hypothek, daß sie nicht für den Anspruch aus § 812 BGB haftet³⁾. Dieses Ergebnis rechtfertigt sich daher, daß die Hypothek an eine ganz genau bestimmte Forderung "angelehnt" ist, bei deren Nichtbestehen ebenfalls erlischt und eine Auswechslung des Schuldgrundes daher diese Akzessorietätsklammer zerstören würde.

Die Grundsuld ist jedoch eine nicht akzessorische Sicherheit. Eine Auswechslung vermag also keine Akzessorietätsklammer zu zerstören. Klammer bei der Sicherungsgrundsuld ist vielmehr die Zweckabrede. Deren Sinn aber geht dahin, daß die Grundsuld gegeben wird, um die Rückzahlung empfangenen Geldes sicherzustellen. Aus welchem Rechtsgrund dieses Geld zurückzuzahlen ist, ist sowohl für den Sicherheitensteller wie für die Bank unerheblich. Insbesondere verdient der Sicherungsgeber keinen erhöhten Schutz, wenn die Darlehnsforderung nicht

1) so Huber, S. 107.

2) ebenso: Scherber, S. 51; Küchler, S. 64; Scholz, S. 126.

3) RG JW 1911, S. 366; a.A.: Heck, S. 357; vgl. auch Huber, S. 108 m.w.N.

tig ist, eine wirtschaftlich gleichwertige andere Forderung aber besteht¹⁾.
Letztlich beruhen auch diese Ansprüche noch auf der Geschäftsverbindung.

d) Die "insbesondere aus..."-Aufführung in den Formularen

Gelingt es der Bank nunmehr mit Hilfe der Aufführung der Ansprüche^{insbesondere aus laufender Rechnung, Darlehen, Wechseln, Abtretungen oder Bürgschaften, sowie aus von Dritten erworbenen Wechseln und Forderungen", auch die nach dem bisherigen Ergebnis nicht erfaßten Ansprüche der Grundsuld zu unterlegen, oder ist diese genauere Kennzeichnung im Grunde genommen überflüssig?}

aa. Von Dritten ohne Zustimmung des Kreditnehmers erworbene Forderungen der Bank könnten durch die Formulierung "insbesondere aus von Dritten erworbenen Forderungen" erfaßt werden.

Vom Wortlaut und insbesondere von der Intention der Banken her kann das sicherlich der Fall sein. Dagegen sprechen jedoch mehrere Bedenken: Der Wortlaut der Zweckerklärung begrenzt die Grundsuldhaftung auf "Forderungen aus bankmäßiger Geschäftsverbindung". Das dem Begriff der Geschäftsverbindung nachgestellte Wort "insbesondere" dient lediglich der Klarstellung, Erläuterung dieses Begriffs. Es wäre nun widersprüchlich, wollte man aufgrund der klarstellenden Konkretisierung des Begriffs "Ansprüche aus Geschäftsverbindung" nunmehr den Begriff nahezu^{ins} Grenzenlose ausweiten.

Weiterhin entspricht es der Billigkeit und Treu und Glauben, wenn man deshalb verlangt, daß die Bank - sollte sie mit der Formulierung das Ziel verfolgen, auch oben angeführte Forderungen unter die Deckung der Grund-

1) Huber, S. 108; Scholz, S. 124; vgl. auch BGH NJW 1968, S. 1134; dazu Palandt-Degenhart, § 1191 Anm. 3; eine Erörterung der Frage, ob das Ergebnis dasselbe ist, wenn der Darlehensvertrag wegen Sittenwidrigkeit nichtig ist, erübrigt sich im Rahmen der vorliegenden Arbeit, da dieser Fall im Geschäftsleben der Banken wohl ausgeschlossen werden kann.

schuld zu bringen - diesen Zweck deutlich zum Ausdruck bringt, und zwar deutlich genug für den ihr regelmäßig gegenüberstehenden Laien¹⁾. Das mag etwa in der Form des Fettdrucks dieser Klausel geschehen²⁾. Eine gegen-
 teilige Auffassung würde zu folgendem führen: die Bank könnte aus Ge-
 fälligkeitsgründen ungesicherte Forderungen eines anderen Kunden gegen
 den Kreditnehmer erwerben und sie unter die Sicherheit der Grundsuld
 bringen³⁾. Der Nachweis kollusiven Zusammenwirkens der Bank und des
 Dritten dürfte nur sehr schwer zu führen sein.

Damit ist nur eine Auslegung der Zweckerklärung möglich: das "insbe-
 sondere" verweist klarstellend darauf, daß auch eine Haftung aus von
 Dritten erworbenen Forderungen nur gegeben ist, wenn sie aus der bank-
 mäßigen Geschäftsverbindung der Bank mit dem Schuldner stammen. An-
 sonsten hätte statt des erläuternden Ausdrucks "insbesondere" ein addi-
 tiver Begriff wie "und" o.ä. verwendet werden müssen⁴⁾.

Daher können - zumindest in der von den Banken geübten Form - die ohne
 Zustimmung des Kreditnehmers von Dritten erworbenen Forderungen der
 Bank nicht als durch die Grundsuld gesichert angesehen werden⁵⁾. Ins-
 besondere wenn ein Dritter für eine Verbindlichkeit des Kreditnehmers
 eine Grundsuld bestellt hat, hat dieser ein Recht auf Wahrung seiner
 Interessen und damit auch Begrenzung seines Haftungsrisikos. Damit wäre
 es nicht vereinbar, wenn man der Grundsuld aufgrund dieser Klausel

1) so schon: OLG Zweibrücken JW 1933, S. 1474, im Anschluß an RG Z
 Bd. 96, S. 60.

2) vgl. auch Scholz, S. 125; vgl. dazu die Rechtsprechung zum finanzier-
 ten Kauf, z.B.: BGH JZ 1972, S. 51 (noch weitergehend: König, in der
 Anmerkung a.a.O.: nicht nur formularmäßiger Hinweis, sondern aus-
 drückliche Belehrung erforderlich).

3) vgl. dazu den in BGH WM 1958, S. 722 entschiedenen Fall; ebenso
 Liesecke, WM 1969, S. 546 (554/5); ebenso für § 50 ADSP: BGH Z
 Bd. 20, S. 231.

4) so auch: OLG Hamm v. 8.12.1972, 11 U 173/72, unveröffentlicht.

5) dem entspricht eine Formulierung von Lindemann, JW 1931, S. 2613,
 der aus diesem Grunde vorschlägt zu formulieren: ".....aus Geschäfts-
 verbindung einschließlich der Forderungen aus Abtretungen und Indossa-
 menten".

tatsächlich alle irgendwie in die Verfügungsgewalt der Bank gelangten Verbindlichkeiten des Kreditnehmers unterlegen könnte.

bb. Die von Dritten ohne Zustimmung des Kreditnehmers erworbenen Wechselforderungen könnten durch die Klausel "insbesondere aus von Dritten erworbenen Wechseln" erfaßt sein.

Hier müssen jedoch dieselben Bedenken wie eben genannt gelten.

Die Bank kann nicht in Form eines Nebensatzes einem im Verkehr bestimmten Begriff wie "Ansprüche aus Geschäftsverbindung" einen diametral entgegengesetzten Inhalt verleihen. Wenn sie das will, mag sie den Sicherungsvertragspartner darauf in gebührender Form hinweisen¹⁾.

cc. Daß die Bank die Grundsuld nicht auch als Sicherungsmittel für Forderungen gegen den mit dem Kreditnehmer nicht personengleichen Grundsuldbesteller verwenden kann, wird durch die Klauseln nicht angetastet²⁾.

dd. Fraglich ist weiter, ob die hier vertretene Ansicht, daß die Forderungen von mit der Bank verbundenen (§ 15 AktG) Bankunternehmen nicht durch die Grundsuld gesichert sind, durch die Aufnahme einer entsprechenden Klausel, wie von der Bank für Gemeinwirtschaft verwendet³⁾, abgeändert werden kann.

1) vgl. dazu Lindemann, a. a. O.; bei dieser Formulierung wird der Kreis der Forderungen gegenüber der Formulierung "aus Geschäftsverbindung" ausdrücklich erweitert. Zu verlangen wäre hier jedoch auch wohl eine besondere Kennzeichnung, eben wegen dieses Erweiterungs-Charakters.

2) In Formularen einiger Banken wird dem Rechnung getragen: z. B. heißt es im Formular der Deutschen Bank (Nr. 8): "Ansprüche die Ihnen gegen mich/uns und/oder gegen ... zustehen und zustehen werden ..."; auch einige Volksbanken verfahren in etwa ebenso, indem sie das Komma im Formular zwischen "mich/uns" und "den/die" durch ein "und" ersetzen, das Formular also in eigener Regie maschinenschriftlich abändern.

3) siehe das auf Seite 5, Fußnote 2) genannte Formular.

Es handelt sich hierbei um eine sog. Konzernklausel¹⁾, bei der die anderen Bankunternehmen weder Sicherungsvertragspartner werden noch eigene Rechte aus der Abrede herleiten können²⁾.

Die Zulässigkeit einer solchen Klausel scheitert nicht an der Verschiedenartigkeit der Schuldverhältnisse³⁾, da es sich in jedem Falle um Geldforderungen, also gleichartige Forderungen handelt⁴⁾.

Sie scheitert auch nicht an einem fehlenden schutzwürdigen Interesse der Bank, da die Bank die Grundsuld in diesem Falle der Sicherung der Forderungen rechtlich verschiedener, wirtschaftlich aber verbundener Unternehmen - auf die Konzerninteressen bezogen - eigennützig "verwaltet" und diese wirtschaftliche Eigennützigkeit schutzwürdig erscheint⁵⁾.

Die Zulässigkeit der Klausel könnte jedoch an der fehlenden Benennung der Konzernmitglieder scheitern. Der Gläubigerkreis bleibt trotz fehlender namentlicher Aufführung bestimmbar, da die gemäß § 15 AktG mit der Grundschuldgläubiger-Bank verbundenen Bankunternehmen ermittelt werden können. (Eventuelle Zweifel an solcher Verbundenheit gehen zu Lasten des Bankunternehmens). Jedenfalls im Rahmen der Grundsuld genügt eine solche Bestimmbarkeit der Forderungsparteien, da die Grundsuld als Sicherheit von den Sicherungsvertragspartnern wegen ihrer Nicht-Akzessorietät vollkommen frei genutzt werden kann⁶⁾. Dabei sind allerdings nur die Bankunternehmen zu berücksichtigen, die im Zeitpunkt des Sicherungsvertragsabschlusses mit der die Grundsuld erhaltenden Bank verbunden sind; denn später hinzutretende Gläubiger-Banken können im Augenblick der Vereinbarung der Zweckerklärung nicht ermittelt, bestimmt werden⁷⁾.

1) vgl. Serick, BB 1971, S. 2 ff.; Mittmann NJW 1973, S. 1108 ff.

2) RG KuT 1937, S. 118.

3) Jaeger-Lent, § 43 Rdn. 37 c.

4) Mittmann, a.a.O., S. 1109.

5) a.A.: Serick, a.a.O., S. 9; wie hier: Mittmann, a.a.O.

6) anders dagegen die akzessorischen Sicherheiten; vgl. dazu OLG Hamm v. 14. 6. 1965, 5 U 28/65, unveröffentlicht.

7) Mittmann, a.a.O.

Das muß aber gefordert werden, da die Grundschild nach dem Willen der Parteien nur für Forderungen aus klar abgegrenzten Geschäftsverbindungen haften soll.

Daher ist weiterhin erforderlich, daß die Geschäftsverbindungen mit verbundenen Bankunternehmen bereits bei Abschluß des Sicherungsvertrags bestehen müssen. Bei der Abtretung künftiger Forderungen ist anerkannt, daß das Rechtsverhältnis oder die Rechtsgrundlage, aus denen die künftige Forderung erwachsen soll, bei Abtretung noch nicht zu bestehen braucht¹⁾. Zu fordern ist jedoch, daß die Forderungsentstehung bei Abtretung möglich erscheint²⁾. Auch in diesem Zusammenhang genügt dafür jedoch nicht jede theoretische, abstrakte Möglichkeit, es muß vielmehr eine gewisse Wahrscheinlichkeit bestehen, die Möglichkeit darf nicht vollkommen fern liegen, sondern es müssen konkrete Umstände vorliegen, die auf die Möglichkeit des Entstehens einer Forderung schließen lassen.

Zu fordern ist daher zumindest, daß die Aufnahme von Geschäftsverbindungen mit den verbundenen Bankunternehmen konkret geplant ist. Lediglich die Denkmöglichkeit von Geschäftsverbindungen reicht nicht aus³⁾.

Das gilt erst recht, wenn die Grundschild von einem vom Schuldner verschiedenen Eigentümer gegeben wird: dieser will und muß sein Risiko absehen können, indem er erforderlichenfalls die Bank bei Abschluß des Sicherungsvertrags um Auskunft über die verbundenen Unternehmen bittet und das Bestehen eventueller Geschäftsverbindungen oder deren Planung mit dem Schuldner nachprüft. Unter diesen Vorbehalten werden daher durch die Aufnahme entsprechender Klauseln von mit der Bank nach § 15 AktG verbundenen Bankunternehmen durch die Grundschild gesichert.

1) vgl. BGH NJW 1965, S. 2197.

2) RG Z Bd. 136, S. 227.

3) in diese Richtung scheinen auch BGH WM 1969, S. 1276, und BGH, MDR 1970, S. 39, zu tendieren.

2.) "Alle Ansprüche aus Geschäftsverbindung oder sonstigem Rechtsgrund"
bzw. "aus jedem Rechtsgrund"

Eben ist dargestellt worden, daß die Formulierung "alle Ansprüche aus bankmäßiger Geschäftsverbindung, insbesondere aus" keineswegs alle denkbaren Ansprüche der Bank zu erfassen vermag, vornehmlich nicht alle in dem "insbesondere"-Halb-Satz erwähnten Forderungen.

Fraglich ist, ob durch eine Formulierung der Zweckerklärung entsprechend der Überschrift dieses Kapitels der Kreis der gesicherten Forderungen erweitert werden kann.

Das ginge nur, wenn eine solche Abrede noch bestimmt genug ist.

Die "insbesondere"-Formulierung ist wohl eine Reaktion auf eine Entscheidung des BGH¹⁾. Darin hat dieser für eine Bürgschaft, die alle Forderungen einer Bank sichern sollte, erklärt: damit könnten nur Forderungen aus der bankmäßigen Geschäftsverbindung gemeint sein, anderenfalls nämlich sei die Bürgenhaftung ohne jede sachliche Begrenzung und wegen fehlender Bestimmbarkeit der gesicherten Forderung nichtig.

Fraglich ist, ob ein solches Bestimmbarkeitserfordernis auch bei der Grundsuld verlangt werden muß.

Die Grundsuld unterscheidet sich von den akzessorischen Sicherheiten dadurch, daß sie grundsätzlich auch ohne jede Verbindung mit einer Forderung bestellt sein kann (sog. Kapitalisierung des Grund und Bodens), während Pfandrecht, Hypothek, Bürgschaft notwendig an eine zumindest bestimmbare Forderung bzw. einen abgrenzbaren Forderungskreis geknüpft sind. Daraus folgt, daß die Grundsuld an beliebig viele, sachlich nicht klar abgegrenzte Forderungen geknüpft werden kann. Insoweit ist die Stellung der Parteien hier freier, ihnen bleibt überlassen, ob sie die Forderung nach Sachkriterien

1) BGH Z Bd. 25, S. 318; vgl. auch BGH NJW 1965, S. 965.

begrenzen wollen oder nicht. Eine Abgrenzung nach den Parteien der Forderung ist zur Bestimmbarkeit der Sicherungsabrede erforderlich, aber auch ausreichend¹⁾.

Eine weitere Frage ist jedoch, wie weit der Kreis der "sonstigen" Forderungen bzw. derjenigen "aus jedem Rechtsgrund" zu ziehen ist.

Zunächst einmal ist festzustellen, daß durch die zweitgenannte Klausel auf jeden Fall ebenfalls die Forderung aus bankmäßiger Geschäftsverbindung erfaßt sind.

Fraglich kann das nur sein, wenn lediglich die Formulierung "alle Forderungen aus jedem Rechtsgrund" gewählt wird, nicht aber ausdrücklich auch zukünftige Forderungen als gesichert bezeichnet werden. Dann sind zwar jedenfalls alle bei Sicherheitenbestellung bestehenden Forderungen gesichert²⁾, die Sicherung auch der künftigen Forderungen kann dagegen zweifelhaft sein³⁾. Man wird dabei im Regelfall bei Schuldner-Eigentümer-Identität auch von deren Sicherung ausgehen müssen, da sich aus den subsidiär geltenden AGB der Wille der Bank zur Sicherung auch künftiger Forderungen erkennbar ergibt; insoweit bedürfte es der ausdrücklichen Ablehnung solchen Vertragsinhalts durch den Eigentümer, Ziff. 19, 4 AGB. Soweit der Eigentümer nicht mit dem Schuldner identisch ist, jedoch auch mit ihm die AGB vereinbart sind, gilt dasselbe.

Soweit dabei jedoch die AGB nicht gelten, wird man dem Eigentümer im Regelfall nicht den Willen zur Sicherung auch aller künftigen Verbindlichkeiten des Schuldners unterstellen können; Gegenteiliges hat die Bank zu beweisen.

Fraglich kann nur sein, ob weitergehende Forderungen durch diese Formulierungen erfaßt werden, insbesondere ob die obengenannten, in der "insbesondere"-Klausel bezeichneten Forderungen durch die Grundsuld gesichert werden.

1) offenbar ebenso: Scholz, S. 126; vgl. auch BGH NJW 1968, S. 885 im Fall eines erweiterten Eigentumsvorbehalts.

2) RG Z Bd. 136, S. 81.

3) vgl. BGH WM 1957, S. 876; Hess. OLG WM 1957, S. 296.

a) Ob durch Abtretung erlangte Forderungen auch ohne ausdrückliche Nennung unter die genannten Klauseln fallen, ist umstritten. Das Reichsgericht¹⁾ war der Auffassung, es entspreche nicht dem Wesen des durch Sicherheitenstellung eingegangenen Rechtsverhältnisses, wenn schlechthin auch zederte Forderungen Dritter der Sicherung unterfallen sollten²⁾. Der BGH dagegen unterlegt der Sicherheit im Grundsatz auch durch Abtretung erworbene Forderungen³⁾. Dieses Ergebnis gewinnt der BGH durch Heranziehung von Ziff. 19, 2 AGB, wo - im Hinblick auf die durch die o. g. Rechtsprechung des Reichsgerichts geschaffene Rechtslage - ausdrücklich auch abgetretene Forderungen als gesichert bezeichnet sind. Nach Auffassung des BGH sind auch die hier fraglichen Klauseln im Sinne der Ziff. 19, 2 AGB zu verstehen, zumal Ziff. 19, 4 AGB abgetretene Forderungen ebenfalls nicht ausdrücklich erwähnt, dem sie zweifelsfrei unterfallen.

Der Entscheidung des BGH ist im Ergebnis zuzustimmen, soweit die die Klausel in der Zweckerklärung verwendende Bank entsprechend gefaßte AGB verwendet und soweit Schuldner und Eigentümer identisch sind oder mit dem Eigentümer ebenfalls AGB vereinbart sind und dieser daher den dahingehenden Willen der Bank erkennt. In diesem Falle sind zwar die AGB subsidiär gegenüber der speziellen Individual-Sicherungsabrede, doch hindert diese Subsidiarität jedenfalls nicht, bei Zweifeln über die Auslegung der konkreteren Abrede den Inhalt der AGB zur Auslegungshilfe heranzuziehen. Das ist jedoch nur dann möglich, wenn zwischen Bank und Sicherungsvertragspartner entsprechende AGB gelten und nach einer Klausel

1) RG Z Bd. 18, S. 232; RG BankArch. 1934, S. 14.

2) zustimmend: Stockmayer, S. 44; vgl. auch Schmidt-Salzer, Rdn. 224, 226; ebenso: Koch, S. 187; Scholz, S. 127; OLG Zweibrücken, JW 1933, S. 1474 mit zustimmender Anmerkung von Jung, das auf den Einwand der Arglist (dolo facit ...) abstellt, da die Bank wegen fehlender Aufklärung über die Haftung auch für solche Forderungen aus dem Gesichtspunkt der culpa in contrahendo ersatzpflichtig sei.

3) BGH WM 1958, S. 722; ebenso: OLG Dresden, Bank-Archiv 1931, S. 67; offenbar ebenso: Huber, S. 101.

dieser AGB die fragliche Forderung gesichert ist. Das ist der Fall, wenn Schuldner und Eigentümer identisch sind und wenn die AGB zwischen Bank und dem vom Schuldner verschiedenen Eigentümer gelten.

Wenn Eigentümer und Schuldner dagegen verschiedene Personen sind und die AGB zwischen Eigentümer und der Bank nicht gelten, dann ist die durch Abtretung erworbene, gegen den Schuldner gerichtete Forderung nicht gesichert. Daß die Bank dann mit der Klausel auch abgetretene Forderungen gegen den Schuldner der Grundsuld unterstellen will, vermag der Eigentümer nicht zu erkennen. In einem solchen Falle muß die Bank ihren Willen, auch abgetretene Forderungen gesichert zu wissen, erkennbar zum Ausdruck bringen.

Soweit somit auch abgetretene Forderungen gesichert sind, gilt selbstverständlich auch hier als Grenze ein arglistiges Zusammenwirken zwischen Bank und abtretendem Dritten zum Nachteil des Eigentümers¹⁾.

b) Wechselforderungen

Für Wechselforderungen, die die Bank von Dritten erworben hat, gilt Entsprechendes.

3., Rechtsnachfolgeklauseln

Die gebräuchlichen Formulare regeln die Frage, welche Forderungen durch die Grundsuld bei Rechtsnachfolge gesichert sein sollten, unterschiedlich: alle Forderungen "gegen mich/uns/die Firma in gegenwärtig und künftig geänderter Rechtsform, deren Inhaber und Rechtsnachfolger"²⁾; "Änderungen in der Person des Inhabers oder der Inhaber, der Rechtsverhältnisse oder der Rechtsform der Firma des Hauptschuldners"

1) vgl. BGH WM 1958, S. 722.

2) Bank für Gemeinwirtschaft; diese und die folgenden Formulare siehe oben S. 5 Fußnoten 2 und 4 dieser Arbeit.

sollen ohne Bedeutung sein¹⁾; "auch für den Fall des Wechsels des Inhabers oder einer Änderung der Rechtsform der schuldnerischen Firma"²⁾; "wenn in der Person des Kreditnehmers oder des Grundstückseigentümers oder deren Firma eine Änderung eintritt, ebenso wenn der Inhaber der Firma wechselt oder Rechtsnachfolge stattfindet - und zwar auch dann, wenn sich die Rechtsform der Firma ändert -", soll die Grundschild "auch für die nach Eintritt dieser Änderung entstehenden Forderungen" haften³⁾; "im Falle eines Inhaberwechsels, einer Änderung der Rechtsform oder einer Rechtsnachfolge auf Seiten des Schuldners" sollen auch "die Ansprüche aus der künftigen Geschäftsverbindung mit dem neuen Schuldner gesichert sein"⁴⁾; "auch wenn bei einer Firma, für deren Verbindlichkeiten die Grundschild als Sicherheit dient, ein Wechsel der Inhaber oder eine Änderung der Rechtsform erfolgt", soll die Zweckerklärung "unverändert in Kraft" bleiben⁵⁾.

a) Sind diese Klauseln überhaupt erforderlich?

Rechtsnachfolge auf Seiten des Schuldners kann auf verschiedene Weise eintreten: fraglich ist, ob die Forderungen gegen den Rechtsnachfolger gesichert sind.

aa. Wie ist es, wenn eine Firma von einem anderen übernommen wird, § 25 HGB?

Gesichert werden nach dem Wortlaut der Zweckerklärung die Forderungen aus der bankmäßigen Geschäftsverbindung (oder aus sonstigem bzw. jedem Rechtsgrund) gegen den bezeichneten Schuldner, hier also die bezeichnete Firma.

Gesichert sind daher jedenfalls alle die Forderungen der Bank, die sie gegen die Firma erworben hat, als der ehemalige Inhaber selbst noch

1) Dresdner Bank.

2) Sparkassen.

3) Volksbanken.

4) Commerzbank.

5) Deutsche Bank.

seine Geschäfte unter dieser Firma betrieb. (Das gilt auch in allen im Folgenden untersuchten Fällen.) Denn die Vorschrift des § 418 BGB ist nur auf Fälle der privativen (befreienden) Schuldübernahme anwendbar, nicht aber auf einen hier vorliegenden Fall einer sog. (kumulativen) Schuld-Mitübernahme¹⁾.

Soweit jedoch in den im folgenden behandelten Fällen eine echte privative Schuldübernahme vorliegt, entfällt der Sicherungszweck, wenn Schuldner und Eigentümer nicht identisch sind, da der Eigentümer nur die Verbindlichkeiten des ihm vertrauenswürdig erscheinenden Schuldners sichern wollte, nicht aber die eines beliebigen Dritten.

Wenn Schuldner-Eigentümer-Identität vorliegt, bleibt der Sicherungszweck aufrechterhalten; denn man wird dabei im Regelfall eine stillschweigende Abrede zwischen Bank und Schuldner über die Weiterhaftung der Grundsuld annehmen können, da ansonsten ersichtlich die Bank der Schuldübernahme nicht zustimmen würde.

Fraglich ist nur, ob in dem Moment, in dem der Inhaber der Firma wechselte, die Geschäftsverbindung mit der Firma beendet wird und eine neue Geschäftsverbindung beginnt, die nicht mehr unter die Zweckerklärung subsumiert werden kann.

Wenn der Erwerber das Geschäft in Ermangelung der Voraussetzungen des § 22 HGB unter seinem eigenen Namen fortführt, dann erscheint schon nach außen hin die Beendigung der Geschäftsverbindung der Bank mit der alten Firma beendet. Das ergibt sich auch aus § 25 I 2 HGB, der dieselben Voraussetzungen wie § 22 HGB aufstellt und nur in diesem Fall den Übergang der Forderungen der alten Firma auf den Erwerber anordnet, und aus § 25 III HGB, der dann die Haftung des Erwerbers für die Altschulden der Firma nur für den Ausnahmefall bestimmt.

Etwas anderes könnte gelten, wenn die Firma unter ihrem alten Namen

1) zur Anwendbarkeit des § 418 BGB vgl. BGH DNotZ 1966, S. 667 und - mit überzeugenden Argumenten gegen BGH, a.a.O. - Scholz, NJW 1966, S. 1739 ff.

fortgeführt wird. Dann haftet der Erwerber für die Alt-Schulden, und die Alt-Forderungen gelten den Schuldnern gegenüber als auf ihn übergegangen, § 25 I 1, 2 HGB. Diese Folgen beruhen jedoch nicht auf der Identität der Firma, sondern auf Verkehrsschutzgesichtspunkten. Denn die Alt-Schulden werden nicht etwa Eigen-Verbindlichkeiten des Erwerbers, sondern er ist lediglich (weiteres) Haftungsobjekt kraft gesetzlichen Schuldbeitritts. Die Alt-Forderungen gehen nicht im Innenverhältnis auf ihn über, sie werden lediglich den Schuldnern gegenüber als auf ihn übergegangen fingiert. Diese Rechtsfolgen können daher nichts darüber aussagen, ob die Geschäftsverbindung fortbesteht.

Wenn man jedoch die zu Anfang dieses Kapitels gegebene Definition der Geschäftsverbindung betrachtet, so kann man nur zu folgendem Ergebnis kommen: die Grundsuld sichert nur solche Ansprüche der Bank, die sie auf der Grundlage der Willensübereinstimmung mit dem in der Zweckerklärung genannten Schuldner erworben hat. Dieser Schuldner ist nicht etwa die Firma, die nur der Name des Kaufmanns ist, unter dem er seine Geschäfte betreibt, sondern der Kaufmann selbst. Dafür spricht auch § 17 II HGB, der von der Parteifähigkeit des Kaufmanns unter seiner Firma spricht. Die Schuldnerpersönlichkeit ändert sich, Forderungen gegen den neuen Schuldner sind nicht gesichert. Dafür sprechen auch §§ 729 II, 727 ZPO.

Noch auf der Grundlage der Willensübereinstimmung mit dem früheren Firmeninhaber erwirbt die Bank alle Forderungen, die ihr nur deshalb gegenüber dem Erwerber erwachsen, weil dieser als Rechtsnachfolger z. B. die Auszahlung eines Kredits zu beanspruchen hatte.

Das gilt jedenfalls dann, wenn die Grundsuld auf einem Firmengrundstück lastet, das ebenfalls auf den Erwerber übergegangen ist.

Wenn die Grundsuld dagegen auf einem nicht übernommenen Grundstück des alten Firmeninhabers lastet oder von einem Dritten bestellt wurde, dann ist die Rechtslage anders: Der Dritte gab die Grundsuld im Zweifel deshalb, weil er dem alten Schuldner vertraute. Wenn nun ein neuer Schuldner Verbindlichkeiten gegenüber der Bank eingeht, auch soweit er Leistungen der Bank kraft Rechtsnachfolge zu beanspruchen hatte, so

besteht diesem Schuldner gegenüber nicht das Vertrauen des Dritten. Eben-
sowenig besteht das Vertrauen, das der alte Firmeninhaber "in sich selbst"
gesetzt hatte, auch gegenüber dem Erwerber.

Zudem kann die Bank die Auszahlung solcher Kredite verhindern, indem
sie die Geschäftsverbindung mit der Firma für beendet erklärt, Ziff. 17
AGB. Wenn sie das nicht tut, kann sie die Folgen nicht auf den Grund-
schuldbesteller abwälzen. Das wäre arglistiges Verhalten.

Insoweit ist eine entsprechende Klausel nötig.

bb. Ist das Ergebnis anders, wenn ein Gesellschafter das gesamte Ver-
mögen einer Handelsgesellschaft (oHG oder KG) oder einer BGB-Gesell-
schaft übernimmt (vergl. § 142 HGB)?

Der übernehmende Gesellschafter übernimmt dabei das Handelsgeschäft
als Ganzes, d.h. mit allen Aktiven und Passiven. Dennoch ist das Geschäft
im Sinne des Geschäftsverbindungsbegriffs nicht identisch mit dem Ge-
schäft vor der Übernahme. Denn die Grundlage der Willensübereinstim-
mung zwischen der Bank und dem in der Zweckerklärung bezeichneten
Schuldner entfällt mit dem Wechsel der Rechtsträgerschaft des Schuldners.
Dafür spricht auch hier § 729 II ZPO (in Verbindung mit § 727 ZPO), der
hier entsprechend anwendbar ist¹⁾.

Forderungen der Bank aus Geschäftsverbindung mit dem Übernehmer sind
daher nur nach Maßgabe der eben unteraa) erwähnten Einzelheiten ge-
sichert²⁾. Ansonsten ist eine entsprechende Klausel erforderlich³⁾.

1) Thomas-Putzo, § 729 Anm. 3.

2) s.o. S. 37 ff.; ebenso: Scholz, S. 165.

3) vgl. BGH Z Bd. 32, S. 307; BGH NJW 1966, S. 827; anders wohl: RGRK-
Fischer § 767 Anm. 3; BGH WM 1955, S. 973, diese Entscheidung be-
trifft jedoch die besondere Fallgestaltung, daß der Sicherheitenstel-
ler - hier: Bürge - selbst Gesellschafter gewesen war und dann dem
anderen Gesellschafter das Geschäft überließ bzw. der Übernahme
zustimmte; für solche exzeptionellen Fallgestaltungen dürfte man dem
BGH zustimmen können, da in diesem Fall eine stillschweigende Erwei-
terung des Sicherungszwecks hinsichtlich der gesicherten Forderungen
anzunehmen ist.

cc. Wenn eine Personalgesellschaft in eine andere Personalgesellschaftsform umgewandelt wird (oHG in KG oder umgekehrt, BGB-Gesellschaft in KG oder oHG oder umgekehrt), ändert sich die Schuldnerpersönlichkeit nicht. Lediglich die rechtliche Erscheinungsform ändert sich. Das gilt jedenfalls, wenn der Bestand der Gesellschafter sich nicht ändert¹⁾.

dd. Wenn sich der Gesellschafterbestand ändert, etwa durch Hinzutritt neuer Gesellschafter, durch Ausscheiden eines Gesellschafters durch Tod und Fortführen der Gesellschaft mit dem Erben, durch Ausscheiden alter Gesellschafter, sofern mindestens zwei Gesellschafter erhalten bleiben, dann ändert sich ebenfalls an der Schuldnerpersönlichkeit nichts. Schuldner bleibt eine Personalgesellschaft, wenn auch unter Umständen "größer" oder "kleiner" als zuvor, mit anderen Gesellschaftern. In diesem Falle sieht auch der Laie die geänderte Gesellschaft nicht als "neu" an.

ee. Auch wenn sowohl der Gesellschafterbestand sich ändert als auch eine neue Gesellschaftsform gewählt wird, dann ist die "neue" Gesellschaft mit der "alten" identisch; es hat zwar nicht lediglich ein Austausch der rechtlichen Erscheinungsform, nicht lediglich eine Änderung des Gesellschafterbestandes stattgefunden, doch handelt es sich immer noch um denselben "Rechtsträger", eine Personalgesellschaft, gleichgültig welcher Art²⁾.

ff. Dasselbe gilt, wenn eine Kapital-Gesellschaft (z.B. GmbH, AG, KGaA) in eine andere Kapital-Gesellschaftsform umgewandelt wird, oder eine eingetragene Genossenschaft formwechselnd in eine AG oder eine KGaA umgewandelt wird, §§ 362 ff. AktG³⁾.

1) ebenso: Scholz, S. 164; vgl. BGH Z Bd. 32, S. 307; BGH WM 1962, S. 10; BGH NJW 1967, S. 821.

2) ebenso: Scholz, S. 164; vgl. BGH Z Bd. 1, S. 234; RG Z Bd. 82, S. 160; BGH Z Bd. 44, S. 229.

3) Scholz, a.a.O.; vgl. BFH WM 1958, S. 1428.

gg. Nichts anderes kann gelten, wenn eine Handelsgesellschaft in eine Liquidationsgesellschaft oder umgekehrt umgewandelt wird oder wenn die sog. Vorgesellschaft einer Kapitalgesellschaft durch Eintragung zur Kapitalgesellschaft selbst wird¹⁾.

hh. Auch eine Erbengemeinschaft bleibt dieselbe Schuldnerpersönlichkeit, wenn Erbanteile an Dritte abgetreten werden²⁾.

Wenn dagegen die Erbengemeinschaft in eine BGB-Gesellschaft oder oHG oder KG umgewandelt wird, wenn also die Umwechslung von der (Zweck-lo-sen) Gemeinschaft in die (Zweck-verfolgende) Gesellschaft vorgenommen wird, ist nicht mehr dieselbe Schuldnerpersönlichkeit gegeben, da aus der an sich nur auf Verwaltung und Teilung angelegten Gemeinschaft eine bestimmte, meist Erwerbs-Zwecke verfolgende Gesellschaft wird³⁾.

ii. Wenn eine Kapital-Gesellschaft in eine Personal-Gesellschaft oder eine Einzel-Firma umgewandelt wird oder umgekehrt, so entsteht ein völlig neues Rechtssubjekt, die Schuldnerpersönlichkeit ändert sich⁴⁾.

kk. Dasselbe gilt, wenn verschiedene Kapital-Gesellschaften miteinander fusionieren, dann entsteht ebenfalls ein neues Rechtssubjekt⁵⁾.

ll. Dasselbe gilt bei "normaler" Rechtsnachfolge kraft Erbgangs⁶⁾.

In allen Fällen der Änderung der Schuldnerpersönlichkeit sind die Forderungen, die erst gegenüber dem Rechtsnachfolger begründet sind, nicht gesichert⁷⁾. Daß Forderungen, die schon vor Eintritt des Rechtsnachfolge-

1) ebenso: Scholz, a. a. O.; vgl. RG Z Bd. 143, S. 372.

2) Scholz, S. 164; vgl. BFH NJW 1961, S. 2375.

3) ebenso: Scholz, a. a. O.; vgl. KG DR 1940, S. 977.

4) ebenso: Scholz, S. 165.

5) Scholz, a. a. O.

6) Scholz, a. a. O.; AG Lippstadt v. 3. 11. 1972, 6 C 350/72; unveröffentlicht.
a. A.: Rabel, NJW 1953, S. 1247 (1248/9).

7) ebenso: Scholz, S. 145, 165.

Falles gegen den Nachfolger begründet wurden, nicht gesichert sind, ist daher offensichtlich.

In Fällen, in denen "alle Forderungen aus jedem Rechtsgrund" gesichert sind, gilt im Ergebnis nichts anderes: denn wenn die Schuldnerpersönlichkeit entfällt, besteht eben keine Forderung der Bank "aus jedem Rechtsgrund" gegenüber dem genannten Schuldner, sondern gegenüber einem anderen Rechtssubjekt.

b) Die Klauseln sind daher in manchen Fällen erforderlich. Haben sie auch entsprechenden Erfolg?

aa) Der Fall, daß eine Firma von einem anderen Kaufmann übernommen wird, könnte durch die Klausel "auch bei Wechsel des Inhabers und bei Rechtsnachfolge" o.ä. erfaßt sein.

Wer auch immer die Grundsuld bestellt, er gibt sie regelmäßig im Vertrauen auf die Geschäftstüchtigkeit des Firmeninhabers für dessen Schulden. Es bleibt ihm jedoch unbenommen, die Haftung der Grundsuld auch auf Forderungen der Bank gegen Dritte zu erstrecken. Selbst wenn man fordern will, daß auch bei Anerkennung der Möglichkeit der Sicherung eines unbestimmten Forderungskreises jedenfalls die Parteien eines solchen Forderungskreises bestimmt bzw. bestimmbar sein müßten, so ist dieses Erfordernis hier gewahrt: der Schuldner der Forderungen ist durch die Firmenübernahme-Bedingung hinreichend konkretisierbar.

Daß der Fall der Übernahme einer Firma durch einen anderen Kaufmann unter die genannte Klausel subsumiert werden kann, unterliegt keinen Bedenken.

bb) Der Fall der Fortführung einer Handelsgesellschaft durch einen Gesellschafter (§ 142 HGB) könnte durch die Klausel "Inhaberwechsel, Änderung der Rechtsform oder Rechtsnachfolge" u.ä. erfaßt sein.

Eben schon wurde klargestellt, daß der Erstreckung der Grundsuldhaftung auf Forderungen aus einer anderen, künftigen Geschäftsverbindung keine grundsätzlichen Bedenken entgegenstehen. Der hier untersuchte Fall unterfällt zweifelsfrei der genannten Klausel.

cc) Bedenken gegen die Erfassung aller übrigen Fälle der Änderung der Schuldnerpersönlichkeit ergeben sich aus der dadurch z.B. möglichen Haftung der Grundsuld für Verbindlichkeiten einer Aktiengesellschaft, die alle Geschäftsanteile einer GmbH übernommen hat: ein Fall, den sich der Eigentümer bei Grundsuldbestellung sicherlich kaum vorgestellt hat.

Diese Bedenken sind jedoch nicht durchschlagend: die Grundsuldhaftung ist begrenzt auf das Grundsuldkapital, mit dessen voller Inanspruchnahme der Eigentümer von Anfang an rechnen mußte. Daß nunmehr die Grundsuld möglicherweise statt für Verbindlichkeiten der GmbH für solche der AG in Anspruch genommen wird, vermag nicht die Unwirksamkeit dieser Erstreckungsklauseln zu begründen.

dd) Fraglich ist jedoch, ob diese oben S. 41 f. erörterten Fälle unter die Klausel subsumiert werden können.

Fraglich ist zunächst, ob die Umwandlung einer Einzelkaufmannsfirma in eine Gesellschaft von der Klausel erfaßt wird. In Frage kommt die Subsumtion unter die "Inhaber-Wechsel-Klausel". Inhaber einer Firma im Sinne der §§ 17 ff. HGB kann aber nur eine natürliche Person sein, eine juristische Person pflegt im Handelsverkehr nicht als Inhaber bezeichnet zu werden. Einer Subsumtion unter diese Klausel sind also nur die Fälle der Umwandlung einer solchen Firma in Personalgesellschaften zugänglich, wie sich aus §§ 17 - 24 HGB ergibt. Soweit eine Umwandlung in eine GmbH, AG o.ä. erfolgt, ist ein solcher Fall über die "Inhaber-Wechsel"-Klausel nicht erfaßt. Auch die Sonderfälle der Ein-Mann-GmbH, wo man von "Inhaber" zu reden geneigt sein könnte, können nicht anders beurteilt werden. Denn die Inhaber-Klausel muß einheitlich für den Normalfall ausgelegt werden, nach ihrem objektiven Inhalt¹⁾, nicht für Sonderfälle.

1) vgl. Palandt-Heinrichs, vor § 145, Anm. 6 E.

Damit steht zugleich fest, daß die Fälle der Umwandlung einer Personal- oder Kapital-Gesellschaft in eine Kapital-Gesellschaft durch diese Klausel nicht erfaßt sind.

Der Fall der Einzelfirma-Umwandlung in eine Gesellschaft, die juristische Person ist, könnte durch die Rechtsnachfolge-Klausel erfaßt sein. Doch wird man die Rechtsnachfolgeklausel auf Fälle der Rechtsnachfolge durch natürliche Personen beschränken müssen, da Rechtsnachfolge nach dem Sinnzusammenhang der Klausel nur für die Fälle des Erlöschens der einen Rechtspersönlichkeit und das Fortbestehen von deren Rechten in Person einer anderen Rechtspersönlichkeit gemeint sein kann.

Eine Einzelfirma erlischt aber nicht mit ihrer Umwandlung in eine juristische Person, da die Firma nur der Name des Kaufmanns ist (§ 17 HGB), somit nicht erlischt und ihre Rechte auf eine neue Firma übergehen¹⁾.

Damit steht zugleich die Nichtanwendbarkeit der Rechtsnachfolgeklausel auf die Fälle der Umwandlung einer BGB- oder HGB-Gesellschaft in eine in Form einer juristischen Person organisierten Gesellschaft fest²⁾.

Der Fall der Einzelfirma-Umwandlung in eine rechtsfähige Gesellschaft könnte schließlich noch durch die oben S. 37/8 genannte Rechtsform-Änderungs-Klausel erfaßt sein. Diese Klausel bezieht sich offenbar darauf, daß bei sogenannten Sachfirmen, die vom Gegenstand des Unternehmens abgeleitet werden, die Rechtsform des Unternehmers sich ändert. In anderen Fällen nämlich würde sich in einem solchen Fall nicht nur die Rechtsform "der schuldnerischen Firma" ändern, sondern infolge der Abhängigkeit der Firma vom Unternehmer die schuldnerische Firma selbst. Als Unternehmer mit einer solchen Sachfirma kommt sowohl eine natürliche als auch eine juristische Person infrage, wenn die Person des Unternehmers als solche identisch bleibt und lediglich die Rechtsform geändert wird: das ist etwa der Fall bei Umwandlung einer oHG in eine GmbH unter Beibehaltung des Gesellschafterbstandes; das trifft z.B. nicht zu bei Umwandlung einer Einzelkauf-

1) das ergibt sich aus einem Gegenschluß aus §§ 22, 25, 17 HGB.

2) KG v. 30.10.1970, 6 U 176/70, unveröffentlicht,

mannsfirma in eine oHG.

ee) Fraglich kann weiterhin noch sein, ob in allen diesen Fällen infolge der genannten Klauseln auch Forderungen der Bank aus der Geschäftsverbindung mit dem Rechtsnachfolger, die in der Zeit vor Eintritt der Rechtsnachfolge entstanden sind, der Grundsuldhaftung unterliegen.

Klar zu verneinen ist diese Frage bei den Formularklauseln der Volksbanken und der Commerzbank, die ausdrücklich nur die Ansprüche der Bank aus der künftigen Geschäftsverbindung für gesichert erklären.

Nach dem Sinn und Zweck der anderen Formularklauseln kann nichts anderes gelten: Die Bank will sich sichern für Forderungen gegen Rechtsnachfolge, mit denen sie die "alte" Geschäftsverbindung "fortsetzt"; Zweck der Zweckerklärung ist insoweit, auch Forderungen aus der weitergeführten Geschäftsverbindung, aber nur eben infolge der Weiterführung entstandene, zu sichern. Früher entstandene Verbindlichkeiten können nicht als gesichert angesehen werden, weil sie nicht - jedenfalls möglicherweise - infolge der Rechtsnachfolge entstanden sind, sondern vollkommen unabhängig davon. Auch diese zusichern, dahin geht weder der Wille der Bank noch des Eigentümers¹⁾.

Durch die auf S. 36/7 genannten Klauseln gelingt den Banken also in den genannten Fällen die Erstreckung der Grundsuldhaftung auf Verbindlichkeiten von Rechtsnachfolgern des ursprünglichen Schuldners aus deren Geschäftsverbindung mit der Bank.

Das gilt im Fall des Formulars der Bank für Gemeinwirtschaft nur eingeschränkt, da sich für den Laien die Rechtsnachfolgeklausel als allein auf die Firmen-Inhaber-Wechsel-Klausel bezogen darstellt²⁾.

Durch diese Formularklausel werden also auch nur diese Fälle erfaßt.

1) vgl. Scholz, S. 165, 167, 145.

2) ebenso: AG Lippstadt v. 3.11.1972, 6 C 350/72, unveröffentlicht.

c) Rechtsnachfolge auf Schuldner - bzw. Eigentümerseite kann schließlich noch dadurch eintreten, daß Rechtsnachfolge am Grundstück eintritt. In diesem Falle haftet die Grundsschuld nicht auch für Forderungen gegen den Rechtsnachfolger¹⁾.

d) Rechtsnachfolge kann auch auf Seiten der Bank eintreten, und zwar bezüglich der Forderung und der Grundsschuld.
Sind dann auch Forderungen der Rechtsnachfolgerbank aus ihrer Geschäftsverbindung mit dem Schuldner gesichert?

In keiner der genannten Formularklauseln steht den Rechtsnachfolgeklauseln auf Schuldnerseite etwas Gleichwertiges auf Gläubigerseite gegenüber.

aa) Fraglich ist daher, ob die beim Gesamt-Rechtsnachfolger entstandenen Forderungen automatisch gesichert sind. Das OLG Dresden²⁾ vertrat dazu die Auffassung, der Gläubigerwechsel bei in Form der juristischen Person organisierten Banken bedeute nichts anderes als ein "In - andere - juristische - Form - Schlüpfen", das lediglich als ein Wechsel der äußeren Erscheinungsform zu betrachten sei, der im Verkehr nicht als Änderung der Gläubiger-Identität angesehen werde. Das RG³⁾ und der BGH⁴⁾ stehen dagegen auf dem Standpunkt, die Forderungen aus der neuen Geschäftsverbindung seien nicht durch die Grundsschuld gesichert, da diese ausdrücklich nur Forderungen aus der Geschäftsverbindung zwischen "alter" Bank und Schuldner sichere; das gelte auch dann, wenn die Rechtsnachfolger-Bank auf Kreditzusagen der "alten" Bank hin Kreditbeträge auszahle, da die Forderungen selbst nicht mehr für die "alte" Bank entstanden seien, da sie nicht ausgezahlt habe⁵⁾.

1) Scholz, S. 145.

2) Seuff Arch. Bd. 65, S. 444.

3) Warn Rspr. 1914 Nr. 184 und Gruchot, Bd. 54, S. 407.

4) EGH Z Bd. 26, S. 143; WM 1960, S. 371.

5) im Ergebnis ebenso: Soergel-Reim. Schmidt, § 765, Anm. 2.

Dieser letztgenannten Auffassung ist zuzustimmen. Der Ansicht des OLG Dresden kann allenfalls - und so scheint der Fall dort gelegen zu haben - dann beigetreten werden, wenn die Bank z.B. bisher in GmbH-Form bestand und dann in eine AG umgewandelt wird, da dann tatsächlich der Verkehrs- und im Regelfall auch der Parteienauffassung von Bankenidentität Vorrang vor dem Klauselwortlaut einzuräumen ist.

Fraglich ist dabei weiterhin, ob die in Person der Rechtsvorgänger-Bank entstandenen Forderungen gesichert sind. Soweit es sich um Gesamtrechtsnachfolge handelt, wird man das ohne weiteres bejahen können; denn der Rechtsnachfolger wird insoweit Forderungs-, Sicherungsvertrags- und Grundschild-"Partei", und, obwohl die Grundschild ausdrücklich nur Forderungen der Rechtsvorgänger-Bank sichert und diese nunmehr Forderungen der Nachfolger-Bank geworden sind, werden diese Alt-Forderungen noch gesichert, da es sich insoweit um einen Fall notwendiger Rechtsnachfolge handelt, für den Eigentümer keinerlei Nachteile auftreten und der Gesamtrechtsnachfolger insoweit schutzwürdig erscheint. Denn es wäre unverständlich, wollte man die Grundschild trotz Fortbestehens der Forderungen, die ja auch trotz Rechtsnachfolge nicht untergehen, frei werden lassen.

bb) Fraglich ist, ob das auch bei Einzelrechtsnachfolge in die gesicherte Forderung gilt. Hierbei sind zwei Fälle zu unterscheiden:

Abtretung nur der Forderung und Abtretung von Forderung und Grundschild¹⁾.

(a) Für den Fall der Abtretung nur der Forderung sind Stockmayer²⁾ und Komanns³⁾ der Auffassung, die Forderung sei vom Augenblick ihrer Abtretung an nicht mehr durch die Grundschild gesichert, da die Grundschild nach dem Sicherungsvertrag nur die Forderungen der Bank

1) dazu wird ausführlich später S. 218 ff. Stellung genommen.

2) S. 55.

3) S. 37.

sichere, nach Abtretung aber nur noch Forderungen des Zessionars vorhanden seien¹⁾.

Dem wird man zustimmen müssen²⁾: Die Grundsuld ist im Sicherungsvertrag ausdrücklich als zur Sicherung der Forderungen der Bank dienend bestimmt. Wenn die Bank keine Forderungen hat, sind auch keine Forderungen gesichert. Daß die nunmehr in Hand des Zessionars befindlichen Forderungen aus Schuldnersicht wirtschaftlich noch "dieselben Forderungen" sind, ändert nichts an der Tatsache, daß es keine Forderungen der Bank sind. Die Grundsuld sichert daher nicht die in Hand eines Zessionars befindlichen, ursprünglich der Bank zustehenden Forderungen. Dem läßt sich nicht entgegenhalten, der Sicherungszweck sei nicht auf eine bestimmte Gläubigerperson beschränkt und die Forderung ändere ihre Identität durch die Abtretung nicht; wenn der Eigentümer anderes wolle, müsse er den Sicherungszweck ausdrücklich auf einen bestimmten Gläubiger beschränken³⁾. Demgegenüber ist darauf hinzuweisen, daß zwar die Identität der Forderung bestehen bleibt⁴⁾, andererseits aber der Begriff des Sicherungszwecks anders aufzufassen ist: der Sicherungszweck besteht wirtschaftlich in dem Erhalten-Sollen, dem Befriedigungsinteresse der Bank; anders als das Erfüllungsinteresse der Bank aber beruht der Sicherungszweck nicht nur auf dem selbstverständlichen, begriffsnotwendigen persönlichen Kontakt von Bank und Schuldner, sondern auf dem besonderen, über normale schuldrechtliche Beziehungen hinausgehenden persönlichen Vertrauen, das der Eigentümer der Bank bei der fiduziarischen Hingabe der nicht-akzessorischen Sicherheit entgegenbringt bzw. entgegenbringen muß. Der Sicherungszweck ist also von Natur her auf einen bestimmten, vertrauenswürdigen Gläubiger, den "Fiduziar", beschränkt; einer ausdrücklichen Hervorhebung dieser Beschränkung des Sicherungszwecks bedarf es nicht⁵⁾.

1) ebenso: Herold, BlfGBWR 1958, S. 295 (297).

2) a.A.: Huber, S. 121; Scherber, S. 96.

3) so: Scherber, a.a.O.

4) denn § 398 BGB zeigt, daß das Gesetz selbst die abgetretene Forderung als identisch mit der Forderung des Zedenten ansieht - vgl. Palandt-Heinrichs, vor § 398, Anm. 1.

5) in der Tendenz ebenso: Huber, S. 123, 159.

Anders ist es nur dann, wenn die Sicherungsvertragsparteien ausdrücklich vereinbaren, die Grundsuld solle auch bei der Bank entstandene, aber dann an Dritte abgetretene Forderungen sichern.

Durch ein solches Ergebnis wird im übrigen niemand unbillig belastet: der Zessionar hat die Forderung als ungesichert erworben; die Bank hat kein Sicherungsinteresse mehr, da sie keine Forderungen gegen den Schuldner hat.

(b) Wie ist es aber, wenn Grundsuld und Forderung abgetreten werden?

Die Grundsuld ist an sich kein Sicherungsmittel, ist nicht-akzessorisch. Ihre Eigenschaft als Sicherungsmittel erhält sie nur durch den Sicherungsvertrag zwischen Eigentümer und Bank. Die Wirkungen dieses Vertrags, somit auch die Eigenschaft als Sicherungsmittel, gelten nur zwischen diesen Parteien (abgesehen von der über § 1157 BGB erreichbaren, mittelbaren Geltung des Sicherungszwecks gegenüber einem dritten Erwerber). Ein Erwerber einer solchen Sicherheit erwirbt diese als "abstraktes" Recht; denn er wird durch die Abtretung nicht Partei des Sicherungsvertrages, da dieser neben Rechten auch Pflichten erzeugt und daher insoweit die Voraussetzungen der §§ 414 ff. BGB vorliegen müßten. Die Eigenschaft, bestimmte Forderungen zu sichern, hat die Grundsuld nur in Händen der Bank, nicht des Zessionars. Diese Eigenschaft als Sicherungsmittel richtet sich im Grund und Umfang nach dem Sicherungsvertrag; dieser umreißt die Sicherungs-Eigenschaft der Grundsuld in der Zweckerklärung. Da dort nur die Forderungen der Bank als gesichert aufgeführt sind, hat die Grundsuld in Händen des Zessionars keinerlei Sicherungs-Eigenschaft mehr. Die Grundsuld ist in Hand des Zessionars sicherungszweck-frei, die abgetretenen Forderungen sind ungesichert.

(c) Rechtsnachfolge auf Seiten der Bank kann auch bezüglich lediglich der Grundsuld eintreten. Sichert die übergegangene Grundsuld die Forderungen der Bank?

Oben wurde ausgeführt, daß die Grundsuld nur zwischen den Sicherungsvertragsparteien als Sicherungsgrundsuld gilt. Die abgetretene Grundsuld verliert ihren Charakter als Sicherungsmittel, da die Parteien sie nur mit Wirkung zwischen sich als Sicherungsmittel bestimmt haben¹⁾.

Im Volksbanken-Formular²⁾ findet sich nun die Klausel, die Grundsuld sichere alle Ansprüche der Bank . . . , "und zwar auch dann, wenn die Grundsuld an einen Dritten abgetreten ist". Ändert diese Klausel etwas an dem vorher Gesagten? Grundsätzlich nicht, denn auch diese Klausel wirkt als schuldrechtlich vereinbart nur zwischen den Sicherungsparteien. Ein Zessionar wird davon nicht berührt. Die Klausel hat lediglich folgenden Sinn: die Bank soll bei Abtretung der Grundsuld dem Zessionar den Sicherungszweck offenlegen, mit ihm eben diesen Sicherungszweck dergestalt vereinbaren, daß der Zessionar diesen Sicherungszweck und seine eigene Bindung daran in vollem Umfang anerkennt; der Eigentümer ist für einen solchen Fall weitergeleiteten Sicherungszwecks, wobei die Vereinbarung zwischen Bank und Zessionar zugleich Rechte für den Eigentümer begründet (§ 328 BGB), mit der Abtretung einverstanden.

Im Ergebnis bedeutet das: die Grundsuld ist auch in Hand des Zessionars kraft schuldrechtlicher Absprache zwischen Bank und Zessionar Sicherungsgrundsuld; sie sichert danach weiterhin die Forderungen der Bank.

1) vgl. aber: Scholz, S. 171.

2) Nr. 10

II. Die sog. "Anrechnungs-Vereinbarung"

Die Formulare der Praxis sehen durchweg eine sog. "Anrechnungsvereinbarung" vor. Deren Wortlaut ist zu einem wesentlichen Teil identisch, wobei allerdings einige Banken in einem zweiten Teil eine Erweiterung vornehmen. Im Formular der Bank für Gemeinwirtschaft (Nr. 1) heißt es:

"VII. 1. Zahlungen, die an die Gläubigerin geleistet werden, sind nicht auf die Grundschild anzurechnen". Das Formular der Commerzbank (Nr. 4) bestimmt: "Meine Tilgungsleistungen gelten als Zahlungen auf die gesicherte Forderung". Eine Anmerkung dazu lautet: "Dieser Absatz gilt nur, wenn der Sicherungsgeber zugleich Kreditnehmer ist". Im Formular des Deutschen Sparkassenverlags (Nr. 9) heißt es: "III. Zahlungen an die Gläubigerin erfolgen nicht zur Tilgung der Grundschild, sondern zur Begleichung der durch die Grundschild gesicherten Forderungen der Gläubigerin". Das Formular der Dresdner Bank (Nr. 5) bestimmt: "Solange ich Ihnen aus der Geschäftsverbindung noch etwas schulde, bin ich nicht befugt, ohne Ihre Zustimmung eine Zahlung auf die Grundschild ... zu verrechnen; vielmehr steht es Ihnen frei, alle meine Leistungen auf die Ansprüche Ihrer Gesamtbank nach Ihrer Wahl anzurechnen". Zu diesem Punkt sagt das Formular der Deutschen Bank (Nr. 6): "Alle Zahlungen werden ausschließlich auf die durch die Grundschild gesicherten Ansprüche verrechnet; eine Verrechnung auf ... Grundschild erfolgt nur, wenn hierüber mit Ihnen eine besondere schriftliche Vereinbarung getroffen worden ist". Das Volksbanken-Formular (Nr. 11) lautet hier: "Zahlungen, die aus irgendeinem Grunde an die Gläubigerin geleistet werden, sind nicht auf die Grundschild anzurechnen, sondern auf die persönliche Forderung. Ist der Eigentümer nicht zugleich, Schuldner dieser persönlichen Forderung der Gläubigerin, so gelten seine Zahlungen bis zur vollständigen Befriedigung der Gläubigerin als Sicherheitsleistung".

Im Kernpunkt sind sich alle Formulare einig: Zahlungen sollen nicht auf die Grundschild angerechnet werden, ihr Bestand für den Gläubiger soll erhalten bleiben.

Welchen Sinn, welchen Zweck und welchen Erfolg haben diese Klauseln? Gelten sie in jedem Falle, insbesondere auch dann, wenn Schuldner und Eigentümer nicht identisch sind¹⁾.

1.) Identität von Schuldner und Eigentümer

Die Bedeutung der "Anrechnungsvereinbarung" soll zunächst für den Fall der Identität von Schuldner und Eigentümer geklärt werden.

a) Um diese Bedeutung aufhellen zu können, soll zunächst dargestellt werden, was ohne diese Klausel gelten würde. Die Bank hat eine persönliche Forderung gegen den Schuldner/Eigentümer (im folgenden nur noch Eigentümer) und eine Grundschuld an seinem Grundstück; dabei ist zu bedenken, daß es sich bei dieser persönlichen Forderung der Bank regelmäßig um eine Forderung aus laufender Geschäftsverbindung, um eine Kontokorrent-Forderung handelt (vgl. Ziff. 17 ff. AGB). Es sind nun mehrere Zeitpunkte auseinanderzuhalten, zu denen eine Zahlung des Eigentümers erfolgen kann: während der laufenden Geschäftsverbindung, nach deren Beendigung (s. Ziff. 18 AGB), nach Einleitung von Vollstreckungsmaßnahmen aus dem Grundschuld-Titel.

Es ist zu fragen, welche Bedeutung Zahlungen zu diesen Zeitpunkten haben.

aa) Wenn der Kunde ausdrücklich den Zweck seiner Zahlung angibt, so erlischt die von diesem Tilgungswillen erfaßte Schuld in Höhe der Zahlung (§§ 362, 366 I BGB). Dabei kann dahinstehen, ob dabei der Theorie der realen Leistungsbewirkung oder der Vertragstheorie zu folgen ist²⁾, denn jedenfalls ist bei der Zahlung die Annahme des Geldes durch die Bank erforderlich und in dem Moment dieser Annahme ohne ausdrückliche Ablehnung ist die vom Eigentümer bestimmte Schuld getilgt³⁾. Die Möglichkeit, auf die Grundschuld zu zahlen, besteht immer: denn nach allen gebräuch-

1) vgl. Commerzbanken- und Volksbanken-Formular.

2) vgl. Palandt-Heinrichs, § 362 Anm. 1, m.w.N..

3) vgl. Palandt-Heinrichs, § 366, Anm. 1.

lichen Formularen ist die Grundsuld jederzeit fällig, eine Vermutung, der Eigentümer wolle lediglich auf die einzig fällige persönliche Forderung zahlen, daher nicht haltbar¹⁾. Das Recht, auf die Grundsuld zu zahlen, ergibt sich unmittelbar aus dem in § 1191 BGB niedergelegten Inhalt der Grundsuld, ("Zahlung einer Geldsumme"); daß die Zahlung nach dem Gesetzeswortlaut "aus dem Grundstück" erfolgen soll, bezeichnet nur das Mittel für die Erzwingung ihrer Durchsetzung, nicht aber den eigentlichen, einfachen Zahlungszweck der Grundsuld²⁾. Mittelbar ergibt sich das Recht, auf die Grundsuld zu zahlen, überdies aus § 1142 BGB³⁾.

Fraglich kann lediglich sein, ob Folge der Zahlung "auf die Grundsuld" ihr Erlöschen durch Erfüllung, § 362 BGB, ist. Insoweit ist jedoch einhellige Ansicht, daß die Grundsuld nicht untergeht, sondern Eigentümergrundsuld wird⁴⁾. Lediglich über die Begründung besteht Streit: Neben der Analogie zu §§ 1142, 1143 BGB⁵⁾ erscheint als richtig die Analogie zu §§ 1163 I 2, 1168 BGB⁶⁾.

Das bedeutet, daß zu allen obengenannten Zeitpunkten durch die Zahlung des Eigentümers unter Nennung der zu tilgenden Schuld, Grundsuld oder gesicherte Forderung, bei Annahme dieser Leistung durch die Bank die genannte Schuld getilgt wird bzw. jedenfalls für die Bank verloren ist⁷⁾.

1) vgl. Klee, NJW 1951, S. 579 (580).

2) vgl. Huber, S. 36.

3) vgl. Palandt-Degenhart, vor § 1113, Anm. 3 D II.

4) vgl. BGH WM 1960, S. 1092; WM 1969, S. 208.

5) vgl. Baur, S. 40; RG Z Bd. 78, S. 60 (68); Wolff-Raiser, § 156 I 3 d; BGH WM 1967, S. 955, diese Auffassung kann sich auf die Entstehungsgeschichte der Grundsuld- und Hypothekenvorschriften stützen.

6) vgl. Huber, S. 37.

7) vgl. Zusammenfassung der einhelligen Auffassung in BGH NJW 1969, S. 2237 (2238).

bb) Was ist nun, wenn der Eigentümer keine ausdrückliche Tilgungsbestimmung trifft?

Für den Fall, daß zwei Forderungen gegenüber einem Schuldner bestehen, sieht das Gesetz in § 366 II BGB eine mangels Parteibestimmung gesetzlich geregelte Tilgungsreihenfolge vor. Fraglich ist jedoch, ob diese Bestimmung auf den vorliegenden Fall von Forderung und Grundschuld überhaupt Anwendung finden kann. Denn ob die Grundschuld ein "Schuldverhältnis" im Sinne des § 366 BGB ist, ist fraglich. Denn ein Schuldverhältnis in diesem Sinne kann nur ein Verhältnis sein, aus dem der eine Partner eine Leistung schuldet; vgl. den Wortlaut der §§ 241, 362 I BGB. Ob die Grundschuld jedoch eine solche "Schuld" beinhaltet, ist umstritten.

Die Theorie von der Realobligation¹⁾ nimmt an, der Eigentümer sei zur Zahlung verpflichtet, allerdings nur zur Zahlung aus dem Grundstück. Sie beruft sich dabei auf den Wortlaut der §§ 1113, 1191 BGB: "... eine bestimmte Geldsumme ... aus dem Grundstück zu zahlen ist".

Die Theorie von der dinglichen Schuld²⁾ geht von einer Schuld des Eigentümers aus, wobei sich aber die Haftung auf das Grundstück beschränke.

Die herrschende Meinung vertritt die Auffassung, der Eigentümer als solcher schulde überhaupt nichts, lediglich das Grundstück hafte; dem Grundschuldgläubiger stehe lediglich ein Verwertungsrecht, § 1147 BGB, zu, kein Zahlungsanspruch³⁾.

Geht man bei unserem Problem von der herrschenden Meinung aus, so ist § 366 BGB jedenfalls nicht unmittelbar anwendbar. Nach den anderen beiden Auffassungen könnte diese Vorschrift direkte Anwendung finden.

Für die Entscheidung über unsere Frage sind folgende Gesetzesvorschriften von Bedeutung: §§ 1123 ff. BGB ("Hypothekengläubiger"), §§ 1141, 1160

1) vgl. Fuchs, S. 87 ff..

2) vgl. v. Gierke, § 56 III.

3) vgl. Westermann, § 94 II 3; Lent-Schwab, S. 187.

II BGB ("Kündigung", "Mahnung"), § 1146 BGB ("Verzugszinsen"), §§ 1137, 1157 BGB ("Einreden" sind nur bei bestehender Erfüllungspflicht denkbar), § 952 II BGB (ein Recht, "kraft dessen eine Leistung gefordert werden kann"), §§ 1191 II, 1192 II, 1193 I BGB ("Zinsen", "andere Nebenleistungen", "Kapital"), § 1194 BGB ("Ort der Zahlung"), §§ 592, 588 I 2, 794 Nr. 5 ZPO ("als ein Anspruch, welcher die Zahlung einer Geldsumme zum Gegenstand hat, gilt auch der Anspruch aus Grundschild")¹⁾; nach § 857 ZPO wird die Zwangsvollstreckung aus einer Grundschild genauso betrieben wie aus einer Forderung²⁾; in § 53 II ZVG ist bei der Grundschild von dem "Schuldner, der zugleich persönlich haftet" die Rede; in § 266 ZPO heißt es: "Verpflichtung, die auf einem Grundstück ruht".

Aus allen diesen Vorschriften ergibt sich, daß die Grundschild weitgehend wie eine Forderung, wie ein Anspruch aus einem Schuldverhältnis behandelt wird.

Die Grundschild unterscheidet sich von einer "normalen" schuldrechtlichen Verbindlichkeit insbesondere dadurch, daß sie zwar ebenfalls letztlich auf einen dem Gläubiger günstigen Schulerfolg, Zahlung von Geld, gerichtet ist, daß aber bei der Grundschild nicht die Leistungspflicht Vorrang vor der Haftung hat, sondern umgekehrt die Haftung Hauptinhalt der Grundschild bildet³⁾. Ansonsten aber steht der Forderungscharakter der Grundschild, wie die obigen Gesetzesregeln deutlich zeigen, durchaus deutlich im Gesetz beschrieben. Der Gesetzgeber wollte bewußt keine Entscheidung über den Charakter der Grundschild treffen, sondern hat diesen ausdrücklich offengelassen⁴⁾. Auch wenn man der herrschenden Auffassung insoweit folgt, daß dem Grundschildgläubiger kein Anspruch, sondern lediglich eine Art "Selbsthilferecht", nämlich die Zwangsvollstrek-

1) vgl. insoweit Wolf, S. 282 ff.; siehe auch BayOblG Z Bd. 52, S. 184.

2) vgl. Küchler, S. 46.

3) Küchler, S. 45.

4) Protokolle, Bd. III, S. 539.

kung betreiben zu können, zur Seite steht, so muß doch eines gesagt werden: Die Frage, ob einem Recht Schuldcharakter zukommt, läßt sich nicht danach entscheiden, ob der erstrebte Schuldterfolg vorwiegend vom Gläubiger oder vom Schuldner herbeigeführt wird. Letztlich nimmt die Grundsuld eine Zwischenstellung ein; diese Doppeleinordnung ist auch berechtigt, da "Anspruch, Schuldverhältnis" und "dingliches Recht" im Grunde nur Ordnungsbegriffe sind.

Die Anwendbarkeit schuldrechtlicher Regeln wie § 366 BGB kann aber nicht von der Einordnung unter solche Ordnungsbegriffe abhängen. Wie der Gesetzgeber selbst den Weg weist, Grundsuld und Forderung weitestgehend gleich zu behandeln¹⁾, soweit die schuldrechtlichen Normen die Leistungsanwartschaft ("Mahnung, Verzug, Kündigung, Einreden") des Gläubigers zum Gegenstand haben, so ist auch hier zu verfahren: die Vorschriften über die Erfüllung sind anwendbar. Eine grundsätzliche Auseinandersetzung mit den oben genannten Theorien erübrigt sich daher. (Überdies ist der ganze Theorienstreit für das hier erörterte Problem ohne Bedeutung: da aus der rechtlichen Konstruktion der Grundsuld - soweit ersichtlich - keine praktischen Konsequenzen gezogen werden, kann der Meinungsstreit hier dahinstehen. Auch von der herrschenden Meinung, die der Grundsuld lediglich Haftungscharakter zuerkennt, wird die Notwendigkeit und Bedeutung der Anrechnungsvereinbarung nicht geleugnet²⁾, im Gegenteil: ihr Wirkungsmechanismus wird ausdrücklich erörtert. Das aber kann offensichtlich nur auf der Grundlage und der Anwendung des § 366 II BGB auf Grundsuld und Forderung geschehen.)

1) vgl. auch Motive, Bd. III, S. 780: "vielleicht folgt schon aus der Ähnlichkeit, welche zwischen dem Rechtsverhältnis an einer Grundsuld und einem Schuldverhältnis besteht, ohne weiteres die entsprechende Anwendung der allgemeinen Vorschriften über die persönliche Schuld auf die Grundsuld".

2) vgl. etwa Palandt-Degenhart, § 1191 Anm. 3 d gg.

Eine Anwendung des § 366 BGB auf das Verhältnis zwischen Grundschild und Forderung scheitert auch nicht daran, daß diese Vorschrift von mehreren Zahlungsansprüchen des Gläubigers aus mehreren Rechtsverhältnissen ausgeht, bei Grundschild und Forderung aber nur ein einmaliges Erhalten-müssen in Frage steht¹⁾.

Zum einen hat zwar die Bank tatsächlich nicht Forderungs- und Grundschildbetrag zu erhalten, hat also nicht zwei selbständig verfolgbare und durchsetzbare Ansprüche, doch ist vom Schuldner aus gesehen die Lage hier der regelmäßig von § 366 BGB erfaßten Situation der Existenz zweier Zahlungsansprüche ähnlich: der Gläubiger kann jedenfalls aus zwei Rechten vorgehen und Zahlung verlangen; der Schuldner muß bei entsprechendem Begehren des Gläubigers auf den jeweilig zuerst geltend gemachten Anspruch leisten, er sieht sich zwei Ansprüchen gegenüber, von denen der eine "Anspruch", die Grundschild, nicht einmal automatisch durch Tilgung des anderen erlischt. (Daß diese Auffassung richtig ist, ergibt sich mittelbar wohl auch daraus, daß die Annahme eines Gesamtschuldverhältnisses zwischen Grundschild und Forderung wohl nur mit der Annahme einer fehlenden Gleichstufigkeit beider "Ansprüche"²⁾ abgelehnt werden kann, nicht aber damit, daß es sich gar nicht um zwei Rechtsverhältnisse handelt, aus denen die Bank etwas zu erhalten hat).

Zum andern ist der Blickpunkt Hubers³⁾ nicht zutreffend: entscheidend ist der Gesichtspunkt des Schuldners. Getilgt wird nur die Schuld, die der Schuldner bei der Leistung bestimmt (und der Gläubiger annimmt). Wenn der Schuldner sich nur einer einzigen Forderung gegenüber sieht, braucht er keine ausdrückliche Bestimmung zu treffen: auch ohne Anwendung des § 366 II BGB gilt diese einzige Forderung als getilgt. Sieht der Schuldner sich aber mehreren fälligen Ansprüchen gegenüber, so ist bei fehlender Tilgungsbestimmung zweifelhaft, was als getilgt anzusehen ist; so ist bei Grundschild (die jeder Zeit fällig ist) und Forderung zweifelhaft, worauf

1) so Huber, S. 221.

2) so Scherber, S. 31.

3) a. a. O..

der Schuldner zahlt. In solchen Fällen, in denen der allein entscheidende Tilgungswille des Schuldners nicht zweifelsfrei bestimmt werden kann, greift § 366 II BGB als Auslegungsregel ein¹⁾; dort ist typischer Tilgungswille des Schuldners normiert. Es bedarf nicht der Heranziehung - wie in Literatur und Rechtsprechung vorwiegend geübt²⁾ - hypothetischen Tilgungswillens des Schuldners, für den zwar keinerlei Anhaltspunkte vorliegen, für den jedoch angeblich "die Lebenserfahrung"³⁾ sprechen soll; gerade die "Lebenserfahrung" nämlich wird in § 366 II BGB gesetzlich normiert, da der Gesetzgeber hier von der in der Vorschrift geregelten Tilgungsreihenfolge als dem Normalfall, der "Lebenserfahrung" entsprechend ausgeht und diese daher gesetzlich regelt.

Wie zweifelhaft im übrigen der in der Literatur zumeist ohne jegliche Begründung vermutete und postulierte Tilgungswille des Schuldners ist, zeigt etwa die Auseinandersetzung zwischen Dempewolf⁴⁾ und Hoche⁵⁾, die entgegengesetzte Standpunkte bei der Bestimmung der Tilgungsrichtung einnehmen⁶⁾. Eine solche Vermutung ohne hinreichende Anhaltspunkte (möglicherweise fließen hier auch Interessenvertreter-Standpunkte ein, denn je nach Gesinnung den Banken gegenüber kann man den Schuldnerwillen anders vermuten) vermag daher keine hinreichende Begründung für den Tilgungswillen des Schuldners zu geben. Es bleibt festzuhalten, daß § 366 II BGB auch auf das Verhältnis zwischen Grundschuld und Forderung anwendbar ist⁷⁾. Das bedeutet, daß bei Zahlung ohne ausdrückliche Tilgungsbestimmung zunächst die fällige Schuld, unter mehreren fälligen

1) vgl. BGH NJW 73, 1689.

2) vgl. Huber, a.a.O.; Klee, NJW 1951, S. 579 (580); BGH NJW 1969, S. 2237; WM 1960, S. 1092, 1969, S. 208.

3) so: BGH WM 1969, S. 208.

4) NJW 1957, S. 1257.

5) NJW 1959, S. 413 (416); vgl. auch Klee, a.a.O.

6) vgl. Baur, S. 406.

7) so im Ergebnis offenbar auch: Endemann, JW 1933, S. 64; vgl. auch BGH, NJW 1973, S. 1689, der ausführt, die Anwendbarkeit des § 366 BGB hänge nicht von einer rein dogmatischen Betrachtungsweise, sondern vielmehr von der Interessenlage des Einzelfalles ab.

Schulden diejenige, welche dem Gläubiger geringere Sicherheit bietet, als getilgt anzusehen ist.

cc) Die Bedeutung dieser Regelung soll nun in Bezug auf die oben geschilderten Zeitpunkte aufgezeigt werden:

(a) Während des Laufs der Geschäftsverbindung sind die gegenseitigen Forderungen regelmäßig ins Kontokorrent eingestellt, Ziff. 17 ff. AGB, daher also regelmäßig nicht fällig. Die Grundsuld, die nach allen Formularen jederzeit ohne Kündigung fällig ist, ist die von beiden allein fällige Schuld, daher bei Zahlungen als getilgt anzusehen, § 366 II 1. Fall BGB.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht daraus, daß man § 366 BGB innerhalb eines Kontokorrents für nicht anwendbar halten kann¹⁾. Denn die Vorschrift ist allenfalls insoweit nicht anwendbar, als die Frage der Anrechnung von Zahlungen auf den gesicherten oder den ungesicherten Forderungsteil betroffen ist, wenn die Forderungssumme - der momentane Kontokorrentsaldo - die Grundsuldsumme übersteigt.

Die "Erfüllung" der Grundsuld - wie oben dargelegt - läßt diese automatisch materiell-rechtlich Eigentümergrundsuld werden. Man kann dabei nicht sagen, die Pfandklausel der AGB, Ziff. 19, enthalte bereits eine Anrechnungsvereinbarung²⁾. Denn die Tatsache, daß alle "Wertgegenstände jeder Art" als Pfand für die Forderungen der Bank dienen, und das sogar dann, wenn sie nur für eine bestimmte Forderung als Sicherheit gegeben wurden, sagt doch nichts darüber aus, daß Zahlungen nicht auf die Grundsuld geleistet werden dürfen. Man könnte allenfalls erwägen, ob als im Besitz der Bank befindlicher Wertgegenstand auch eine Grundsuld anzusehen ist, die formell noch Fremdgrundsuld, materiell jedoch bereits Eigentümergrundsuld ist und deren Brief sich in Händen der Bank befindet. Dann nämlich würde die Eigentümergrundsuld einem Pfandrecht der Bank unterliegen, letztlich wäre für die Bank daher gleichgültig, ob

1) BGH WM 1961, S. 1046; 1970, S. 186; RGZ Bd. 87, S. 438.

2) so: Kolbenschlag, DNotZ 1965, S. 73.

Zahlungen auf Grundschild oder Forderung anzurechnen sind, und letztlich wäre - allerdings nur dann im praktischen Ergebnis - in der Pfandklausel eine Anrechnungsvereinbarung enthalten¹⁾.

In der Hingabe der Grundschild an die Bank liegt nicht auch die Erklärung, ein Pfandrecht der Bank an der Grundschild bestellen zu wollen, soweit diese Eigentümergrundschild werde. Ein solcher Sinn kann der Bestellung einer Fremdgrundschild nicht beigelegt werden. Die Bank ist also in der Lage, daß sie einen Brief über eine Grundschild in Händen hat, an der ihr kein Pfandrecht bestellt ist. Auch die Pfandklausel der AGB kann insoweit kein Pfandrecht der Bank begründen, da der bloße Besitz an dem Grundschildbrief nicht die Verfügungsgewalt der Bank über die materiell-rechtlich dem Eigentümer zustehende Grundschild begründet, der gemäß § 952 II BGB diesen Brief jederzeit herausverlangen kann, und da der Brief selbst eben wegen § 952 II BGB nicht Gegenstand eigenständiger Rechte sein kann²⁾.

Die Eigentümergrundschild unterliegt daher keinem Pfandrecht der Bank, auch im Ergebnis ist daher keine Anrechnungsvereinbarung in der Pfandklausel der AGB enthalten: Wenn auf die Grundschild gezahlt ist, geht diese für die Bank verloren.

Auch läßt sich aus Treu und Glauben bzw. dem Vertrauensverhältnis zwischen Bank und Kunden (Präambel der AGB) nicht herleiten, daß Zahlungen nicht auf die Grundschild erfolgen können und sollen. Denn nur, um seinem Gläubiger größere Sicherheiten zu verschaffen, kann einem Schuldner nicht das Wahlrecht darüber genommen werden, welche von mehreren Schulden er tilgen will. Keinesfalls ist es arglistig bzw. ein Verstoß gegen das Vertrauensverhältnis, wenn der Kunde auf die Grundschild zahlt. Wenn die Bank aus

1) wenn Kolbenschlag, a.a.O., das meinen sollte, hätte er jedenfalls im Ergebnis recht, wenn man auch die Begründung vermißt.

2) vgl. BGH NJW 1973, S. 514; im Ergebnis ebenso: Kollhosser, JR 1973, S. 315 ff.

Unachtsamkeit diese Zahlung annimmt, so liegt darin kein arglistiges Verhalten des Kunden.

(b) Nach Beendigung der Geschäftsverbindung sind alle Forderungen der Bank fällig (Ziff. 18 AGB). Die Grundschuldbestellung erfolgt nach allen Formularen zugleich mit einer Unterwerfung des Eigentümers unter die sofortige Zwangsvollstreckung aus der Grundschuld. Diese daraus folgende sofortige Zugriffsmöglichkeit für die Bank kraft des in der Grundschuldbestellungsurkunde vorliegenden Titels führt dazu, daß die Grundschuld im Vergleich zur persönlichen Forderung größere Sicherheit bietet, da aus dieser die Bank sich noch einen Titel verschaffen müßte¹⁾. Daher ist als getilgt anzusehen die persönliche Forderung als geringere Sicherheit bietend²⁾.

Das gilt auch in dem oben zu (a) erörterten Fall, wenn Forderungen der Bank während der laufenden Geschäftsverbindung nicht in laufende Rechnung eingestellt wurden und daher je für sich fällig werden: in diesen Fällen ist die persönliche Forderung als unter zwei fälligen Forderungen die geringere Sicherheit bietende und daher als getilgt anzusehen.

Was die Frage angeht, welcher Teil der Forderung in diesen Fällen als getilgt anzusehen ist, wenn die Forderungssumme die Grundschuldsumme übersteigt, so regelt § 366 II BGB auch diesen Fall: der ungesicherte Teil der Forderung erlischt, da er dem Gläubiger geringere Sicherheit bietet³⁾.

(c) Die Einleitung von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen aus dem Grundschuldtitle wird in diesem Zusammenhang als nach ordnungsgemäßer Beendigung der Geschäftsverbindung und bei einem Guthaben für die Bank

1) vgl. Palandt-Heinrich, § 366, Anm. 2a, m.w.N.

2) h.M.; vgl. Palandt-Heinrichs, § 366, Anm. 2; der abweichenden Auffassung von Witthöfft, JZ 1955, S. 374, kann wegen der klaren Rang- und Stufenfolge der §§ 366 I, II BGB nicht zugestimmt werden, vgl. Ullmann, JuS 1971, S. 647 (650).

3) Scholz, S. 154.

erfolgend angesehen (natürlich ist ein Vorgehen aus dem Grundschildtitel auch vorher möglich; dem kann jedoch der Eigentümer durch die sicherungsvertragliche Einrede begegnen, die persönliche Forderung sei nicht fällig bzw. er komme seinen Verpflichtungen daraus ordnungsgemäß nach, und kann damit die Vollstreckung aus dem Grundschildtitel verhindern). Alle Zahlungen dienen der Abwicklung der beendeten Geschäftsverbindung; die Bank hat kein Sicherungsinteresse mehr, sondern lediglich ein Befriedigungsinteresse, ein Zahlungsinteresse. Dann stellt das Vorgehen der Bank aus diesem Titel praktisch ein Zahlungsverlangen auf die Grundschild zur Befriedigung ihres Zahlungsinteresses dar¹⁾. Wenn die Bank selbst Zahlung auf die Grundschild verlangt und der Eigentümer kommt dem Zahlungsverlangen nach, so ist eindeutig, daß nach dem Willen der Parteien die Grundschild als getilgt anzusehen ist²⁾.

Genauso stellt sich die Situation dar, wenn die Bank nach Beendigung der Geschäftsverbindung ausdrücklich Zahlung auf die Grundschild verlangt. Soweit die Bank - wie regelmäßig anzunehmen ist - lediglich allgemein Zahlung verlangt, verbleibt es bei der oben geschilderten Regelung.

Im Ergebnis bleibt folgendes festzuhalten:

Wenn Eigentümer und Schuldner identisch sind und keine Anrechnungsvereinbarung besteht, gilt die Grundschild als getilgt, wenn Zahlungen während der laufenden Geschäftsverbindung erfolgen und wenn die Bank nach Beendigung der Geschäftsverbindung mit Zwangsvollstreckungsmaßnahmen aus dem Grundschildtitel beginnt.

b) Inwieweit ändert an diesem Ergebnis die Anrechnungsvereinbarung etwas?

(Soweit schon ohne Anrechnungsvereinbarung die persönliche Forderung

1) vgl. Kolbenschlag, DNotZ 1965, S. 73 (75); ders. WM 1959, S. 130; ders. MDR 1960, S. 102.

2) Soergel-Baur, § 1191 Anm. 6; Scholz, S. 374; BGH WM 1966, S. 337 läßt diese Frage ausdrücklich offen.

als getilgt anzusehen ist - so oben -, kann dieser Vereinbarung lediglich deklaratorische Wirkung zukommen).

aa. Zunächst könnte man denken, daß durch die Geltung der Vereinbarung das Recht des Eigentümers ausgeschlossen sein soll, auf die Grundschild zu zahlen. Dann könnte der Klausel die Bedeutung zukommen, daß der Eigentümer gar nicht auf die Grundschild zahlen kann. Oben jedoch wurde bereits darauf hingewiesen, daß das Recht des Eigentümers, die Grundschild abzulösen, dem gesetzlichen Inhalt der Grundschild immanent ist und zudem in § 1142 BGB seinen Niederschlag gefunden hat. Eine Auslegung der Klausel im obigen Sinne würde daher den gesetzlichen Inhalt der Grundschild abändern, im Grunde somit ein neues Recht am Grundstück schaffen¹⁾. Das aber ist mit dem "numerus clausus der Sachenrechte" unvereinbar²⁾. Jedenfalls aber ist Kolbenschlag³⁾ darin beizupflichten, daß ein Ausschluß des Rechts auf Grundschildablösung sittenwidrig wäre. Von diesem Ergebnis geht die völlig herrschende Auffassung auch ohne weiteres stillschweigend aus, wenn sie die Wirksamkeit von Zahlungen auf die Grundschild trotz Anrechnungsvereinbarung untersucht⁴⁾.

Weiter könnte man daran denken, die Vereinbarung so auszulegen, daß der Eigentümer auf sein Bestimmungsrecht aus § 366 I BGB verzichtet oder daß er dieses Recht bereits mit der Vereinbarung ausübt und konsumiert oder daß § 366 BGB als dispositive Vorschrift gegenüber der Parteivereinbarung unanwendbar ist, daß also eine nachherige Bestimmung des Schuldners ausgeschlossen ist⁵⁾. Für eine solche Auslegung könnte

1) vgl. KG JW 1933, S. 64.

2) im Ergebnis ebenso: OLG Saarbrücken DRZ 1949, S. 421.

3) DNotZ 1965, S. 73 (75).

4) vgl. BGH WM 1964, S. 677.

5) vgl. RG Z Bd. 66, S. 54 ff. und auch BGH WM 1966, S. 337.

insbesondere das Formular der Dresdner Bank sprechen: "...nicht be-
fugt, ... Zahlung auf die Grundschild ... zu verrechnen"! (Man mag
zwar Zweifel hegen, ob die in nahezu allen Formularen verwendeten For-
mulierungen "verrechnen" bzw. "anrechnen" ein Bestimmungsrecht be-
züglich der Tilgungsrichtung der Zahlung ausschließen können und sollen.
Insoweit erscheint jedoch zumindest der Sinn der Regelung klar: Gemeint
ist, daß Zahlungen ausschliesslich als zur Tilgung der persönlichen Forde-
rung bestimmt angesehen werden sollen.) Aus dem Zusammenspiel der
§§ 362, 366 I BGB ist jedoch als Wille des Gesetzgebers zu entnehmen, daß
entscheidend für die Tilgungsrichtung sein soll, wie der Schuldner diese
Richtung bestimmt und daß der Gläubiger die Leistung als in diese Rich-
tung gehend annimmt¹⁾. Für die Tilgungswirkung ist lediglich entscheidend,
daß die Bank die so tilgungsbestimmte Leistung des Schuldners annimmt
und behält²⁾. Das entspricht der vollkommen herrschenden Theorie der
realen Leistungswirkung. Mag auch der Schuldner irgendwann vorher ver-
sprochen haben, nur eine bestimmte Richtung zu bestimmen, so ändert
das nichts daran, daß er entgegen einer solchen Verpflichtung später doch
anders bestimmen kann³⁾. Eine solche Tilgungsbestimmung im Augenblick
der Leistung mag insoweit zwar durchaus als Vertragsverletzung ange-
sehen werden können⁴⁾, ist jedoch nach dem Sinn der §§ 362, 366 I BGB
entscheidend für die Tilgungswirkung. Dagegen, daß diese Tilgungswir-
kung tatsächlich eintritt, ist der Gläubiger dadurch geschützt, daß er die
Leistung auf die Grundschild als nicht vertragsentsprechend ablehnt.⁵⁾

Von einer gewissen Sorgfaltspflicht, die Tilgungsbestimmung des Eigen-
tümers zu beachten und notfalls zurückzuweisen, kann die Bank nicht be-

1) so ausdrücklich BGH WM 1970, S. 1516, der offenbar von der fehlenden
Bindung an eine vorhergehende Vereinbarung ausgeht.

2) Huber, S. 216.

3) Soergel-Reim, Schmidt, § 366 Anm. 3.

4) im Ergebnis ähnlich: RGRK-Löschner, § 366 Anm. 4; Erman-Westermann,
§ 366, Anm. 1; Oertmann, § 366, Anm. 1, der dies als stillschweigende An-
nahme des in der von der früheren Tilgungsabrede abweichenden Bestim-
mung liegenden Angebots des Schuldners auf Änderung dieser Abrede an-
sieht.

5) Scholz, S. 373.

freit werden. Die Bank kann nicht etwa nach Annahme einer Zahlung "auf die Grundsuld" die Rücknahme der Zahlung vom Eigentümer mit dem Hinweis auf die Anrechnungsvereinbarung verlangen. Ein solches Verhalten wäre treuwidrig (*venire contra factum proprium*), da der Eigentümer, der seinen Tilgungswillen kenntlich machte, sich auf die dadurch und die Annahme durch die Bank hervorgerufene Tilgungswirkung verlassen können muß¹⁾. Eine andere, weiter unten zu erörternde Frage ist es, wieweit diese Sorgfaltspflicht geht und wann eine von der Vereinbarung abweichende Tilgungsbestimmung des Eigentümers wirksam ist. Jedenfalls ist die Anrechnungsvereinbarung nicht geeignet, eine spätere abweichende Tilgungsbestimmung des Eigentümers auszuschließen²⁾.

Den Parteien ist es jedoch unbenommen, im Sicherungsvertrag zu vereinbaren, daß eine von der in der Anrechnungsvereinbarung getroffenen Tilgungsbestimmung abweichende Bestimmung des Eigentümers der Schriftform bedarf. Die Tilgung ist zwar reale Leistungsbewirkung, doch ist bei der Möglichkeit der Tilgung mehrerer Forderungen entscheidend die vom Schuldner geäußerte Tilgungsrichtung. Insoweit stellt jedenfalls hier die Tilgungsbestimmung eine einseitig empfangsbedürftige Willenserklärung dar, und für diese können die Parteien die Schriftform vereinbaren, §§ 125, 127 BGB³⁾. Eine solche Vereinbarung findet sich in den Formularen der Deutschen Bank, wobei lediglich der Ausdruck "schriftliche Vereinbarung" irreführend ist, da keine Vereinbarung, sondern nur die Erklärung des Schuldners erforderlich ist.

1) insoweit vom BGH WM 1970, S. 1516 offengelassen.

2) vgl. Palandt-Heinrichs, § 366, Anm. 1, BGH a.a.O. sowie die in RG a.a.O. genannten Autoren; im Ergebnis wohl ebenso: OLG Saarbrücken DRZ 1949, S. 424; im Ergebnis offenbar a.A.: BGH WM 1960, S. 1092; 1964, S. 677; 1966, S. 653; 1967, S. 955; 1969, S. 208, die allesamt zunächst auf die Parteivereinbarungen, dann die Einzelfallumstände und schließlich erst auf den Willen des Zahlenden abstellen; entgegen der Auffassung des BGH in WM 1966, S. 337 kommt das RG a.a.O. zu demselben Ergebnis wie dem hier vertretenen: danach steckt in der widerspruchslosen Annahme der Zahlung "auf die Grundsuld" der Abschluß einer neuen Tilgungsvereinbarung mit der Folge der Tilgung der Grundsuld trotz entgegenstehender früherer Abrede.

3) Huber, S. 220.

Wirkungslos ist dagegen die Formularvereinbarung, die - gegenüber der Zweckerklärung - Änderung der Tilgungsbestimmung sei von der Zustimmung der Bank abhängig (so die Formulare der Dresdner Bank). Denn daß die Bestimmung der Tilgungsrichtung vom Willen lediglich des Schuldners abhängt, ist eine der Parteiautonomie nicht zugängliche Rechtsnorm .¹⁾

Aus alledem ergibt sich die Bedeutung der Anrechnungsvereinbarung: sie begründet eine Pflicht des Eigentümers, auf die persönliche Forderung zu zahlen (wobei bei Verletzung Schadensansprüche entstehen können), schließt für Fälle, in denen bei Zahlung keine ausdrückliche Bestimmung getroffen ist, die Anwendung des § 366 II BGB wegen Vorwegnahme der Bestimmung aus, und hindert den Eigentümer nicht, gleichwohl auf die Grundsuld zu zahlen.

Das bedeutet zunächst, daß in den S. 63 genannten Fällen, in denen bei Fehlen der Anrechnungsvereinbarung die Grundsuld mangels ausdrücklicher Bestimmung nach § 366 II BGB als getilgt anzusehen war, durch die Geltung der Vereinbarung nunmehr die persönliche Forderung als getilgt anzusehen ist.

bb. Wann aber ist anzunehmen, daß der Eigentümer abweichend von der Anrechnungsvereinbarung auf die Grundsuld zahlt?

Dabei ist folgendes zu bedenken: die Parteien haben eine vertragliche Bestimmungsvereinbarung getroffen, die Bank kann zunächst einmal - auch wegen des Vertrauensverhältnisses (Präambel der AGB) - davon ausgehen, daß der Eigentümer gemäß dieser Verpflichtung zahlen wird. Ist so zunächst einmal eine klare, schriftliche Vereinbarung getroffen, so ist dem Eigentümer, will er sich auf eine Abänderung seines Willens im Einzelfall berufen, zuzumuten, in etwa eine gleichwertige Form der Abänderung vorzuweisen.

1) ebenso: Huber, a. a. O.

Jegliche überraschende, nur unter unbotmäßiger Anstrengung ihrer Sorgfalt von der Bank wahrzunehmende Bestimmungsänderung stellt zumindest ein arglistiges Vorgehen des Eigentümers dar. So ist der Bank z.B. nicht zuzumuten, bei jeder Zahlung des Eigentümers per Überweisung die Verwendungszweckspalte des Überweisungsformulars genau zu studieren, um eine eventuelle abweichende Tilgungsbestimmung des Eigentümers feststellen zu können. Angesichts des heutigen Überweisungsmassenverkehrs und der weitgehenden Automatisierung ist es unzumutbar, von der Bank diese Prüfung zu verlangen. Die von Laute¹⁾ geäußerten Befürchtungen sind daher grundlos. Andererseits ist in dem Augenblick, in dem der Bank ein parallel zur Überweisung abgesandtes Schriftstück zugeht, in dem der Eigentümer seinen geänderten Tilgungswillen zu erkennen gibt, die Bank gehalten, sofort Widerspruch zu erheben (wenn auch die Überweisung bereits gebucht ist), will sie sich nicht die Zahlung als auf die Grundsuld erfolgt entgegenhalten lassen müssen²⁾. Damit werden an die Sorgfaltspflichten der Bank keine überspannten Anforderungen gestellt (der o.g. Entscheidung des BGH ist daher wegen Existenz eines solchen Schreibens im konkreten Fall im Ergebnis zuzustimmen, die Kritik Laute's, a.a.O., ist insoweit nicht begründet.

cc. Oben wurde als Zwischenergebnis die Wirkung der Anrechnungsvereinbarung u.a. dahin festgestellt, daß die persönliche Forderung auch in dem Falle als getilgt anzusehen ist, in dem die Bank aus dem Grundschildtitel vorgeht. Kann dieses Zwischenergebnis in diesem Falle aber angesichts der Tatsache aufrechterhalten werden, daß die Bank ja gerade aus der Grundsuld vorgeht³⁾? Wenn die Bank aus der Grundsuld die Vollstreckung betreibt, so stellt das eine Aufforderung zur Zahlung auf die Grundsuld dar. Die Bank kann von diesem Augenblick an nicht mehr damit rechnen, daß der Eigentümer der Anrechnungsvereinbarung entsprechend

1) BfGenW 1971, S. 117/8.

2) vgl. BGH WM 1970, S. 1516 und Laute, a.a.O.

3) vgl. Kolbenschlag, DNotZ 1965, S. 73 (75/6) und MDR 1960, S. 102.

auf die Forderung zahlt, sondern muß erkennen, daß der Eigentümer zur Abwendung der weiteren Zwangsvollstreckung entsprechend der konkludenten Zahlungsaufforderung der Bank auf die Grundsuld zahlt. Wenn die Bank die Zahlung auf die persönliche Forderung anrechnet, so setzt sie sich damit in Widerspruch zu ihrer eigenen Aufforderung. Es muß daher angenommen werden, daß die eigene, in dem Betreiben der Zwangsvollstreckung aus der Grundsuld liegende Zahlungsaufforderung die frühere Anrechnungsvereinbarung im Ergebnis außer Kraft setzt¹⁾. Dogmatisch läßt sich das aus einem Aufhebungsvertrag (Angebot der Bank wird durch Schuldner stillschweigend angenommen) hinsichtlich der Anrechnungsvereinbarung, § 305 BGB, begründen. Die entgegengesetzte Auffassung würde dazu führen, daß ein schuldrechtlicher Anspruch durch den verfahrensmäßigen Druck eines dinglichen Titels, der die persönliche Forderung gar nicht zum "Streit"-Gegenstand hat, realisiert wird. Das aber kann nicht richtig sein: wenn die Bank aus dem Grundschuldtitlel vorgeht, begibt sie sich damit in ein bestimmtes "Streit"-Verhältnis, und alle dann folgenden Aktionen der Parteien geschehen nur innerhalb dieses, von der Bank selbst festgelegten Verhältnisses.

Im Gesamtergebnis ist festzuhalten: Wenn Schuldner und Eigentümer identisch sind, sind alle Zahlungen des Eigentümers bei Geltung der Anrechnungsvereinbarung und fehlender ausdrücklicher anderweitiger Tilgungsbestimmung als auf die persönliche Forderung geleistet anzusehen, es sei denn, die Bank betreibt die Zwangsvollstreckung aus dem Grundschuldtitlel. Einzig in diesem Fall gilt die Zahlung als zur "Tilgung" der Grundsuld geleistet.

1) so im Ergebnis auch Kolbenschlag, a.a.O.; Scholz, S. 374; a.A.: OLG Bamberg RPfl 1963, S. 199.

2.) Verschiedenheit dieser Personen

Nunmehr soll geklärt werden, welche Bedeutung die Anrechnungsvereinbarung hat, wenn Schuldner und Eigentümer nicht identisch sind.

a) Um diese Bedeutung zu würdigen, soll zunächst wiederum die Situation dargestellt werden, die ohne Anrechnungsvereinbarung bestehen würde.

Der Eigentümer kann eine ausdrückliche Tilgungsbestimmung treffen: entweder bestimmt er die persönliche Forderung als Tilgungsobjekt, dann leistet er als Dritter im Sinne des § 267 BGB, oder er bestimmt die Grundsuld, dann leistet er darauf nach § 1142 BGB; fehlende Fälligkeit¹⁾ der Grundsuld kann nicht entgegenstehen, da die Formulare die Grundsuld als jederzeit fällig bestimmen. Diese Fälle sind unproblematisch. Fraglich ist, was gelten soll, wenn keine ausdrückliche Bestimmung getroffen wird.

Die Anwendung des § 366 II BGB scheidet hier aus: dem Eigentümer gegenüber besteht nur ein einziger "Anspruch", der aus der Grundsuld. Ein weiterer Anspruch besteht ihm gegenüber selbst dann nicht, wenn man, der Theorie der Zweckgemeinschaft von Grundsuld und Forderung²⁾ folgend, ein gesamtschuldähnliches Verhältnis zwischen Forderung und Grundsuld annimmt. Dieses geht jedenfalls nicht so weit, daß auch der Eigentümer zur Zahlung der Forderung verpflichtet ist.

Da gegenüber dem Eigentümer nur ein einziger Anspruch besteht, kann nicht zweifelhaft sein, worauf seine Zahlung gerichtet ist: auf die Grundsuld³⁾.

Das gilt für jeden der oben erörterten Zeitpunkte.

b) Gelingt es der Bank nun, mit Hilfe der Anrechnungsvereinbarung diese normalerweise eintretende Tilgungswirkung abzuwenden bzw. auf die For-

1) vgl. Soergel-Baur, § 1191, Anm. 7.

2) Heck, § 76/6, § 78 II 5, 6.

3) vgl. BGH MDR 1968, S. 35.

derung hinzulenken?

aa. Der BGH¹⁾ hat ausdrücklich offengelassen, ob die Anrechnungsvereinbarung auch gelte, wenn Schuldner und Eigentümer nicht personengleich seien. Die Vorinstanz, OLG Karlsruhe, hatte eine solche Geltung abgelehnt, da keine persönliche Forderung gegenüber dem Eigentümer bestehe und durch die Klausel von ihm dennoch "Schuldner"-Zahlungen verlangt würden, ihm quasi abgepreßt würden²⁾. Diese Argumentation kann jedoch nicht überzeugen: der Eigentümer muß nicht zahlen, bevor die Geschäftsverbindung beendet ist; er ist zu keinerlei Zahlungen verpflichtet. Von "Abpressen" kann daher keine Rede sein,

Eines ist sicherlich unbestreitbar³⁾: Der Eigentümer erklärt mit der Anrechnungsvereinbarung nicht einen Schuldbeitritt oder eine Schuldübernahme, gegen den Eigentümer entsteht keinerlei Anspruch aus der persönlichen Forderung. Daß kein schuldrechtlicher, persönlicher Anspruch gegen den Eigentümer besteht, schließt aber noch nicht aus, daß er verspricht, wenn er Zahlungen erbringt, diese nicht auf die Grundsuld, sondern auf die Forderung der Bank gegen den Schuldner zu leisten. Der Eigentümer ist grundsätzlich überhaupt nicht verpflichtet, irgendwelche Zahlungen zu erbringen. Andererseits ist er nach §§ 1142, 1191 BGB berechtigt, auf die Grundsuld zu zahlen. Und § 267 BGB gibt ihm das Recht, auch auf die persönliche Forderung zu leisten. Oben bereits wurde ausgeführt, daß es mit dem gesetzlichen Inhalt der Grundsuld nicht vereinbar wäre, wollte man eine Zahlungsmöglichkeit auf diese generell ausschließen, und daß das jedenfalls zumindest sittenwidrig wäre. Die Anrechnungsvereinbarung kann also auf keinen Fall die Wirkung haben, daß der Eigentümer überhaupt nicht freiwillig auf die Grundsuld zahlen kann. Ihr kann jedoch die Wirkung zukommen, daß der Eigentümer schuldrechtlich verpflichtet ist, nicht auf die Grundsuld zu zahlen. Dieser - dem Eigentümer erkennbare - Gehalt der Klausel folgt aus der gebotenen einengenden Auslegung.

1) WM 1970, S. 1516.

2) vgl. Laute, BlfGenW 1971, S. 117.

3) so das OLG Karlsruhe.

Das scheint zunächst der einzig haltbare Sinn der Anrechnungsvereinbarung zu sein: die schuldrechtliche Verpflichtung des Eigentümers, nicht auf die Grundsuld zu zahlen, oder - wie es das Formular der Dresdner Bank ausdrückt - die fehlende (schuldrechtliche!) Befugnis des Eigentümers, Zahlungen auf die Grundsuld zu verrechnen. Diese Verpflichtung schließt jedoch - wie oben - nicht aus, daß der Eigentümer dennoch ausdrücklich auf die Grundsuld zahlt und dieser Zahlung bei fehlender Ablehnung der Annahme durch die Bank Tilgungswirkung zukommt. (Wann das der Fall ist, ist bereits oben erörtert worden.)

bb. Außerdem ist immer dann, wenn die Bank selbst Zahlung auf die Grundsuld verlangt, also insbesondere bei Betreiben der Zwangsvollstreckung aus der Grundsuld, diese schuldrechtliche Verpflichtung aufgehoben: die Zahlung erfolgt auf die Grundsuld.

cc. Nach Beendigung der Geschäftsverbindung zwischen persönlichem Schuldner und Bank kann diese Verpflichtung ebenfalls keinen Bestand mehr haben: der Bank kann nicht zweifelhaft sein, worauf Zahlungen verrechnet werden sollen: dem Eigentümer kann nicht zugemutet werden, bis zu Beginn der Zwangsvollstreckung in sein Grundstück zu warten, ehe er Zahlungen auch auf die Grundsuld leisten kann. Ernsthafterweise kann die Bank nicht erwarten, der Eigentümer wolle die persönliche Schuld tilgen und seine eigene Haftung aufrechterhalten. Ein Aufrechterhalten der Pflicht, nur auf die Grundsuld zu zahlen, ist nach Beendigung der Geschäftsverbindung ohne jeden Sinn. Das gilt erst recht dann, wenn die persönliche Schuld hinter dem Grundsuldbetrag zurückbleibt: hierbei entsteht auch dann, wenn die Zahlungen auf die Forderung angerechnet werden, ein Anspruch des Eigentümers auf Rückgewähr; im wirtschaftlichen Ergebnis kommt die Zahlung einer "Tilgung" der Grundsuld gleich. Der Bank kann daher gleichgültig sein, ob die Zahlung auf Grundsuld oder Forderung erfolgt. Aber auch dann, wenn die Forderungen den Grundsuldbetrag übersteigen, kann die Zahlung aus den oben erwähnten Gründen nicht als auf die Forderung gemacht angesehen werden: wenn die Geschäftsverbindung mit einem Passivsaldo gegenüber dem Schuldner abgeschlossen

wird, liegt in der Regel dessen Zahlungsunfähigkeit vor. Dann aber kann die Bank nach Treu und Glauben nicht davon ausgehen, der Eigentümer wolle die Forderung tilgen. Es ist klar, daß er durch freiwillige Zahlungen die Zwangsvollstreckung gegen sich abzuwenden sucht.

Im Ergebnis hat die aus der Anrechnungsvereinbarung folgende Pflicht, nur auf die Grundsuld zu zahlen, also nur Bedeutung während der Zeit der Geschäftsverbindung.

dd. Fraglich erscheint jedoch, ob weiterhin die Vereinbarung die Wirkung haben kann, Zahlungen als auf die Forderung gemacht erscheinen zu lassen. Das würde bedeuten, daß der Klausel der Sinn beigelegt wird, daß sie eine antizipierte Tilgungsbestimmung des Eigentümers in Richtung auf die Schuld eines anderen enthält, die dieser allenfalls mit einer ausdrücklichen abweichenden Bestimmung für den Einzelfall bei Nichterhebung eines Widerspruchs bzw. einer Ablehnung der Zahlung durch die Bank außer Kraft setzen kann. Das würde der oben erörterten Bedeutung der Anrechnungsvereinbarung zwischen Bank und Schuldner-Eigentümer entsprechen. Sicher ist es schuldrechtlich möglich, daß sich jemand verpflichtet, Zahlungen nur auf die Schuld eines Dritten zu erbringen.

Es ist jedoch nicht möglich, der Vereinbarung diese Bedeutung beizumessen. Denn dann ergäbe sich folgendes: wenn der Eigentümer irrtümlich, etwa weil er die einzelnen Klauseln der Zweckerklärung vergessen hat, Zahlungen erbringt, um sich der Grundstücksbelastung zu entledigen, so würde, wenn er diesen - grundsätzlich vermuteten - Willen nicht ausdrücklich kundtut, seine Zahlung als auf die Forderung gegen den Schuldner gemacht angesehen. Eine Rückforderungsmöglichkeit gegenüber der Bank hätte er nicht, da sein Irrtum als bloßer Motivirrtum nicht zur Anfechtung berechtigen würde. Er wäre auf eine Regreßforderung, § 812 BGB, gegen den persönlichen Schuldner angewiesen, die möglicherweise nicht realisierbar ist. Außerdem ist zu bedenken, daß der Eigentümer sowieso schon in einer recht eingeengten Lage ist: er haftet mit seinem Grundstück auf unabsehbare Zeit für die Forderungen gegen den Schuldner, es sei denn,

dessen Geschäftsverbindung mit der Bank wird beendet und es besteht kein Schuldsaldo; dabei hat er wegen der eben erörterten Verpflichtung, nicht auf die Grundschild zu zahlen, keine Möglichkeit, seine Haftung zu beenden, wenn er sich nicht einem Schadensersatzanspruch der Bank wegen Verletzung der genannten Verpflichtung aussetzen will. Weiterhin kann die Bank nicht davon ausgehen, daß der Eigentümer, der an sich ja nur eine Grundschild bestellen will, zugleich sich verpflichten will, alle Zahlungen - während des Laufs der Geschäftsverbindung - als auf die persönlichen Forderungen gemacht ansehen zu wollen. Das liefe darauf hinaus, allein dem Eigentümer die Folgen eventueller Nachlässigkeiten bei der ausdrücklichen Kundgabe seines - grundsätz-lich vermuteten - abweichenden Tilgungswillens aufzubürden.

Nach alledem ist es also nicht möglich, der Anrechnungsvereinbarung insoweit Geltung zuzusprechen, als sie Zahlungen als auf die Forderung gemacht bestimmt. Allerdings besteht - und das muß beachtet werden - die Verpflichtung des Eigentümers, während der Zeit der Geschäftsverbindung nicht auf die Grundschild zu zahlen.

Erbringt der Eigentümer während dieser Zeit dennoch kommentarlos Zahlungen, so kann nur eines gelten: die Bank muß den Eigentümer darauf aufmerksam machen, daß diese Zahlung nicht auf die Grundschild ange-rechnet werden kann, und muß - wenn sie Wert darauf legt - eventuell nachfragen, ob die Zahlung auf die persönliche Forderung verrechnet werden solle.

c) Um diesen Problemkreis abzuschließen, soll noch auf zwei einzelne Formulare eingegangen werden.

aa. Das Formular der Volksbanken bestimmt die Zahlungen des Eigentümers als Sicherheitsleistung. Das kann nur bedeuten, daß die Bank be-rechtigt ist, die Zahlungen zurückzuhalten und, falls später die Ansprüche gegen den Schuldner nicht realisierbar sind und die Grundschild nicht alle Ansprüche abdeckt, die Bank diese Zahlungen letzten Endes doch auf die persönliche Forderung verrechnen kann. Nach dem oben Gesagten ist das aber nicht möglich, die Formularklausel ist unwirksam.

bb. Das Formular der Dresdner Bank bestimmt, daß der Eigentümer Zahlungen nicht auf die Grundschild, daß vielmehr die Bank die Zahlungen auf Ansprüche ihrer Wahl anrechnen darf. Damit können aber wohl nur Ansprüche der Bank gegen den Zahlenden gemeint sein, gegen den Eigentümer aber besteht nur ein einziger Anspruch, der aus der Grundschild. Zu einer Anrechnung auf Ansprüche gegen Dritte, etwa den Schuldner, ist die Bank danach nicht befugt.

3.) Rechtsnachfolge

Zum Problemkreis der Anrechnungsvereinbarung soll folgendes noch kurz erwähnt werden: Tritt auf Bank- oder Eigentümerseite eine Gesamtrechtsnachfolge, so bleibt die Anrechnungsvereinbarung wirksam, da bei dieser Art der Rechtsnachfolge alle Rechtsverhältnisse des Vorgängers in ihrer Gesamtheit übergehen¹⁾. Bei einer Sonderrechtsnachfolge auf einer der beiden Seiten dagegen geht die schuldrechtliche Anrechnungsvereinbarung nicht ohne weiteres über²⁾.

1) Kolbenschlag, DNotzZ 1965, S. 73 (75) gegen Baur, 1. Aufl., § 45 II 4 b aa.

2) so Kolbenschlag und auch Baur jeweils a.a.O.

III. Die Übernahme der "persönlichen Haftung für die Grundschild"

bzw. für "den Grundschildbetrag"

In einer Reihe von in der Praxis verwendeten Grundschildbestellungsformularen findet sich eine Bestimmung, in der der Grundstückseigentümer sinngemäß die persönliche Haftung für den Grundschildbetrag übernimmt.

So heißt es im Formular der Bank für Gemeinwirtschaft (Nr. 1) unter VI: "Zugleich übernehme ich für den Eingang des Grundschildbetrages nebst Zinsen die persönliche Haftung, aus der mich die Gläubigerin schon vor der Vollstreckung in das Grundstück in Anspruch zu nehmen berechtigt ist und unterwerfe mich auch hinsichtlich dieser Haftung der sofortigen Zwangsvollstreckung in mein gesamtes Vermögen". Nahezu wörtlich stimmt damit das Formular der Dresdner Bank (Nr. 5) überein; davon abweichend ist jedoch in diesem Formular diesem Passus wie allen anderen Bestimmungen kein eigener Abschnitt gewidmet, alle getroffenen Regelungen sind lediglich durch kleine Absätze voneinander getrennt. Im Textteil annähernd gleich mit diesen Bestimmungen ist das Formular der Deutschen Bank AG (Nr. 7). Wie beim Formular der Dresdner Bank gehen alle Regelungen, lediglich absatzweise getrennt, ineinander über. Bemerkenswerterweise heißt es in einer Fußnote: "Falls Grundschildbesteller nicht mit dem persönlichen Schuldner identisch ist, ist diese Erklärung von dem/den persönlichen Schuldner(n) abzugeben". Endlich lautet das Formular der Volksbanken (Nr. 11): "IV. SCHULDANERKENNTNIS. Ich erkenne an, der Gläubigerin DM ... nebst ...% Jahreszinsen ab zu schulden. Ich ermächtige die Gläubigerin, mich schon vor der Vollstreckung in das Grundstück persönlich in Anspruch zu nehmen. Ich unterwerfe mich wegen des vorgenannten Betrages nebst Zinsen der sofortigen Zwangsvollstreckung aus dieser Urkunde in mein gesamtes Vermögen". Unter V. Schlußbestimmungen heißt es weiter u. a.: "... die unter IV. genannten Rechte dienen zur Sicherung aller Ansprüche aus der bankmäßigen Geschäftsverbindung ...".

Rechtsnatur und Bedeutung dieser "Haftungs-Zusagen" sollen im folgenden geklärt werden.

1. Rechtsnatur der "Haftungs-Zusage"

Wenn man der Auffassung Hubers¹⁾ folgen will, so müssen wohl alle angeführten Formularbestimmungen, eventuell mit Ausnahme der letztgenannten Volksbanken-Regelung als im Regelfall unwirksam angesehen werden; sie enthalten nämlich laut Huber ihrem materiell-rechtlichen Inhalt nach Bürgschafts- oder Garantieverprechen und sind als derartige, der dinglichen Sicherung gänzlich fremde Verbindlichkeiten, deren wahre Rechtsnatur durch die unzulängliche Formulierung verschleiert werde, unwirksam, soweit sie als formularmäßige Nebenabreden ohne besondere Absprache vereinbart werden und den Schuldner daher überraschen²⁾. Beim Volksbankenformular mit fettgedruckter Überschrift dürfte man einen derartigen Überraschungseffekt nicht annehmen können.

a) Zunächst soll die Bedeutung der Klausel für den Fall der Identität von Schuldner und Eigentümer genauer geprüft werden.

aa. Huber erklärt die Klausel für "natürlich gegenstandslos, wenn der Sicherungsgeber selbst persönlicher Schuldner ist und deshalb ohnedies mit seinem ganzen Vermögen haftet". Dabei übersieht er folgendes: Der Bank kann auch bei Identität von Eigentümer und Schuldner durchaus an einer solchen "Haftungsübernahme" gelegen sein; denn zum einen gewährt ihr die mit-vereinbarte Zwangsvollstreckungsklausel den sofortigen Zugriff auf das gesamte Vermögen des Schuldner-Eigentümers, während sie ohne diese Regelung ihre Geschäftsverbindungs-Forderung erst titulieren lassen müßte, dient also gewissermaßen als "Titel auf Vorrat", also der Erleichterung der Rechtsverfolgung³⁾. Gegenüber dem Grundschildtitel

1) Huber, S. 41 ff.

2) Huber, S. 43, 44.

3) Schütz, BFB, S. 467, IV 6, 30; Kolbenschlag, DNotZ 1965, S. 205(206); BGH DNotZ 1958, S. 579 m. Anm. Hieber.

bietet sich also der Vorteil der Erweiterung der Zugriffsobjekte, gegenüber der Geschäftsverbindungsforderung die Tatsache der Titulierung der Forderung.

Zum anderen trifft dann, wenn man die Klausel als Garantie oder abstraktes Schuldanerkentnis bzw. -versprechen im Sinne der §§ 780, 781 BGB ansehen kann, die Beweislast bezüglich des Bestehens von Ansprüchen der Bank möglicherweise den Schuldner-Eigentümer und nicht die Bank.

bb. Die Annahme eines Bürgschaftsvertrages scheidet ohne weiteres aus, da es sich hier nur um zwei Personen - Bank und Schuldner-Eigentümer - handelt und es eine Bürgschaft für eine eigene Schuld nicht gibt¹⁾.

cc. Weiter kommt ein Garantievertrag in Frage. Darunter versteht man einen Vertrag, durch den sich der Garant dem Garantieempfänger gegenüber dazu verpflichtet, ihm für den Eintritt eines aus einem anderen Geschäft erwarteten Erfolges derart einzustehen, daß er ihm bei Nichteintritt Ersatz leisten will. Der Garant verspricht also Ersatz wirtschaftlichen Ausfalls aus einem anderen Geschäft. Diesem Sicherungscharakter²⁾ der Garantie entspricht ihr Zweck, primäre Leistungspflichten Dritter oder primäre eigene Lieferungs- oder Leistungspflichten durch sekundäre Zahlungspflichten zu substituieren. Eine derartige Substituion eigener Zahlungspflichten ist nicht möglich.

Möglich wäre allenfalls die Annahme, der Eigentümer wolle eine Gewähr für die Zulänglichkeit der Grundschild bzw. des Grundstücks zur Deckung

1) Staudinger-Scherübl, § 1191, Anm. 9.

2) vgl. Larenz, § 62 III; OLG Düsseldorf DNotZ 1958, S. 420; Soergel-Reim.Schmidt, vor § 765, Rdn. 29.

der "dinglichen Schuld", zur Einbringlichkeit des Grundschuldbetrages übernehmen, mithin im weitesten Sinne eine Eigenschaftsgarantie (ähnlich einer "Ausbietungsgarantie") abgeben. Insoweit könnte man unter Umständen daran denken, das "dingliche Anspruchs"-Verhältnis der Grundsuld als "Rechtsverhältnis mit einem Dritten" im obigen Sinne anzusehen. Diese Konstruktion scheitert jedoch daran, daß nach dem ausdrücklichen Wortlaut aller Zusage-Klauseln die Bank aus der Zusage schon vor der Vollstreckung in das Grundstück vorgehen können soll. Die Einbringlichkeit der Grundsuld aber kann zu diesem Zeitpunkt noch gar nicht beurteilt werden. Für diesen "Erfolg" soll der Eigentümer daher gerade nicht haften¹⁾.

Außerdem wollen die Parteien keinen Garantievertrag schließen. Dem Garantievertrag ist wesentlich, daß der Garant ein unbedingtes Einstehen-wollen um jeden Preis für einen bestimmten Erfolg verspricht. Das wirtschaftliche Risiko in jeder Hinsicht liegt bei ihm. Sogar das Risiko des Fortbestandes der gesicherten Schuld, manchmal sogar deren Entstehen, liegt bei ihm²⁾. Insofern besteht eine gewisse Ähnlichkeit mit der Übernahme einer Vertragsstrafe³⁾. Bei dieser aber steht dem Versprechensempfänger kein Anspruch zu, wenn die Hauptschuld nichtig oder erloschen ist⁴⁾. Die Beweislast dafür obliegt immer dem Versprechenden.

Ein solches Einstehen-wollen um jeden Preis liegt auf Seiten des Schuldner-Eigentümers jedoch nicht vor. Er will keine Garantie für ein Risiko der Bank aus einem Geschäft mit sich selbst übernehmen⁵⁾; eine Garantie hinsichtlich des Fortbestandes der Forderungen der Bank will er nicht abgeben, er will zumindest - wenn auch eventuell mit ungünsti-

1) so auch BayObLG RPfl 1952, S. 552.

2) Palandt-Thomas, vor § 765, Anm. 3 c; BGH NJW 1967, S. 1020.

3) Palandt, a. a. O.; BGH NJW 1958, S. 1483.

4) Palandt-Heinrichs, vor § 339, Anm. 1 b.

5) Uhlemayr, BayNotV 1930, S. 8 (10).

ger Beweislastverteilung - um die Existenz solcher Forderungen kämpfen können und nicht auf jeden Fall zahlen müssen. Das dürfte - jedenfalls im Regelfall, wofür auch das in der Präambel der AGB genannte Treueverhältnis zwischen Bank und Kunden spricht - auch nicht Wille der Bank sein.

dd. In Frage kommt weiter ein Schuldanerkennntnis bzw. Schuldversprechen, §§ 780, 781 BGB.

Ihnen ist wesentlich, daß sie eine abstrakte persönliche Forderung begründen, d. h. daß eine zugrundeliegende Forderung, die durch das Anerkenntnis verstärkt, gesichert und im Ergebnis von kausalen Einreden weitgehend freigemacht werden soll, im Regelfall zwar besteht, für das Bestehen der Anerkenntnis-Forderung jedoch ohne Bedeutung ist. Diese kann lediglich zurückgefordert werden, wenn die zugrundeliegende Forderung nicht besteht. Durch das Anerkenntnis wird insoweit die Überwälzung der Beweislast für den Bestand der Forderung von der Bank auf den Schuldner erreicht. Von der Garantie unterscheidet sich das Anerkenntnis wesentlich dadurch, daß ihm kein "unbedingtes Entstehen-wollen um jeden Preis" immanent ist: wenn die Hauptschuld z. B. nicht entstanden ist, entfällt im wirtschaftlichen Ergebnis auch die Anerkenntnis-Forderung. Bei der Garantie dagegen wäre der Schuldner dennoch aus der Garantie zur Zahlung verpflichtet. Die Annahme eines solchen Schuldverhältnisses wird den Partei-Interessen am ehesten gerecht.

Fraglich ist nur, zu welchem Rechtsverhältnis die "Haftungs-Zusage" verstärkend oder sichernd hinzutritt.

Daß die "Haftungs"-Zusage nach dem Willen der Parteien Sicherungsfunktion haben soll, kann trotz fehlender ausdrücklicher Erwähnung (nur im Volksbanken-Formular wird die Zusage ausdrücklich als "Sicherungsmittel" bezeichnet) nicht zweifelhaft sein.

Fraglich ist nur, was als gesichert angesehen werden kann.

Zunächst kommt die Grundschild in Betracht¹⁾. Dafür spricht die Formulierung: "... für den Eingang des Grundschildbetrages....". Dagegen sprechen jedoch mehrere Umstände: einmal kann die gewählte Formulierung lediglich zur Vermeidung erneuter Zahlen-Einsetzung in den Sicherungsvertrag getroffen sein (wie im Volksbanken-Formular erforderlich; auch dort wird jedoch im Regelfall die Grundschild-Kapital-Summe wiederholt). Zum anderen entspricht die Grundschildsicherung nicht dem Parteiwillen: die Grundschild ist nur zum Zwecke der Sicherung der Geschäftsverbindungs-Forderungen gegeben, ist also meist nur ganz selten voll valutiert, und kann nach den Sicherungsvereinbarungen nur dann durchgesetzt werden, wenn der Sicherungsfall eintritt, d.h. wenn die Forderungen der Bank nicht erfüllt werden. Damit wäre eine jederzeit durchsetzbare, nach den Formularklauseln von Vollstreckungsversuchen aus der Grundschild völlig unabhängige Sicherung der Grundschild nicht vereinbar. Wie sollte auch der Zeitpunkt, von dem an die "Zusage"-Forderung durchgesetzt werden kann, unter diesen Umständen bestimmt werden? Die Annahme, die "Zusage" diene der Sicherung der Grundschild, wäre insoweit verfehlt²⁾.

In Frage kommt jedoch die Geschäftsverbindungsforderung der Bank.

Daß diese bereits durch die Grundschild abgesichert ist, steht nicht entgegen, da eine Doppelsicherung nicht unzulässig ist, solange nicht der Schuldner in seiner wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit nahezu völlig eingeschränkt wird. Dieses Schuldverhältnis wird ausdrücklich nur im Volksbanken-Formular als gesichert bezeichnet. Es muß jedoch auch in den anderen Formularen als Schuldgrund angesehen werden. Denn wenn der Schuldner-Eigentümer die Haftung für die Einbringung der Grundschildsumme auch schon vor deren Verwertung übernimmt, so zeigt das deutlich, daß der Bank nicht an Sicherung eines eventuellen Ausfalls bei der Grundschildverwertung gelegen ist, sondern daran, das

1) so: BayObLG, a.a.O.; Kolbenschlag, DNotZ 1965, S. 205 (206); Münstermann, S. 51.

2) RG JW 1916, S. 904.

Schuldverhältnis selbst abzusichern. Gerade die Identität des Umfangs der "Haftungs"-Zusage mit dem Grundschuldbetrag zeigt, daß diese Erklärung denselben Zweck verfolgt wie die Grundschuldbestellung, und diese sichert eindeutig die Geschäftsverbindungsansprüche. Letzteres kann auch der Laie erkennen; regelmäßig wird er mit der "Haftungs"-Zusage keine andere Vorstellung verbinden, als daß er damit der Bank lediglich eine weitere, bessere Zugriffsmöglichkeit auf sein sowieso haftendes Vermögen geben will.

Den Parteiinteressen entspricht daher die Annahme eines abstrakten Schuldanerkenntnisses bzw. -versprechens, §§ 780, 781 BGB, das die Geschäftsverbindungsforderung der Bank sichert¹⁾. Im Verhältnis zwischen abstraktem Schuldversprechen und -anerkenntnis dürfte ein abstraktes Schuldversprechen, § 780 BGB, vorliegen, da es hier nicht um die Verstärkung, Abstrahierung einer bereits bestehenden Verpflichtung geht, sondern um die originäre Begründung einer eigenständigen neuen Verbindlichkeit, die zwar eine andere Forderung sichern soll, diese aber nicht als schon - insbesondere auch in der genannten Höhe ! - bestehend anerkennen, sondern einen eigenen Schuldgrund schaffen soll. Der das abstrakte Schuldversprechen (bzw. -anerkenntnis) mit den Forderungen verbindende Sicherungsvertrag ist inhaltlich gleich dem Grundschuldsicherungsvertrag²⁾.

Im Ergebnis bleibt festzuhalten, daß die Auffassung Huber's, die "Haftungs-Zusage" sei bei Schuldner-Eigentümer-Identität gegenstandslos, nicht zutrifft. Vielmehr handelt es sich um die Begründung eines abstrakten Schuldversprechens (bzw. -anerkenntnisses), §§ 780 (bzw. 781) BGB, das die Geschäftsverbindungsforderungen der Bank sichert.

1) ebenso: BGH DNotZ 1958, S. 579 m. Anm. Hieber; Uhlemayr, BayNotV 1930, S. 8 (10/11); Bourrier, BayNotV 1930, S. 236 (240/1); Hieber, BayNotV 1928, S. 144 (145); Reithmann, NJW 1973, S. 879 (880).

2) Reithmann, a. a. O.

b) Weiterhin ist zu fragen, ob Huber's Annahme, bei der "Haftungs"-Zusage handele es sich um eine Bürgschaft bzw. Garantie, bei denen jedoch äußerst fraglich sei, was das von ihnen gesicherte Schuldverhältnis sei, zutrifft, wenn die Grundsuld von dem vom Schuldner verschiedenen Eigentümer bestellt werde.

Infrage kommen Bürgschaft, Garantie und Schuldversprechen bzw. -
-anerkenntnis als rechtliche Erklärung der "Haftungs"-Zusage. Alle genannten Konstruktionen verlangen einen zugrundeliegenden Schuldgrund.

aa. Im Verhältnis zum Eigentümer selbst fehlt ein solcher Schuldgrund. (Ein solcher würde auch zur Bejahung der Bürgschaftskonstruktion nicht ausreichen, da dann "Bürge" und Verpflichteter in der Person des Eigentümers zusammenfielen - das scheint Huber zu übersehen -.) Die Grundsuld selbst kommt - s. oben - nicht infrage. Die Eigenschafts-garantiekonstruktion scheitert aus denselben Erwägungen wie oben erörtert. Schuldgrund kann daher nur ein zwischen dem Schuldner und der Bank bestehendes Schuldverhältnis sein.

Im Verhältnis zum Schuldner kommt nur das Geschäftsverbindungsschuldverhältnis infrage.

Will der Eigentümer diese Ansprüche sichern?

Hier liegt ein wesentlicher Unterschied zum oben erörterten Fall der Identität von Schuldner und Eigentümer vor. Dieser erkennt, daß die "Haftungs"-Zusage der Bank nur eine schnellere und leichtere Durchsetzung und Geltendmachung ihrer sowieso auf sein ganzes Vermögen gerichteten Ansprüche ermöglichen soll. Hier aber haftet der Eigentümer an sich nur mit seinem Grundstück und damit nur in Höhe des Grundsuldbetrages. Insoweit ergeben sich Parallelen zu der oben erörterten Ausdeutung des Wirkungsumfangs der Zweckerklärung in den Fällen der fehlenden Identität von Schuldner und Eigentümer. Hier wie dort ist eine einschränkende Auslegung der Haftungserklärungen des Eigentümers im weitesten Sinne geboten. Es kann nicht angenommen werden, daß der Eigentümer, der eine Grundsuld zur Sicherung der Ansprüche der Bank

gegen den Schuldner bestellt, auch persönlich mit seinem ganzen Vermögen für diese Ansprüche haften will.

Jedenfalls in den Fällen, in denen die Formulare nicht eindeutig und unmißverständlich auf diesen Umstand hinweisen, kann dieser Klausel daher keine Wirksamkeit zukommen. Insoweit ist daher Huber im Ergebnis zuzustimmen, daß diese mehr oder weniger versteckten Klauseln überraschend, überrumpelnd und daher wirkungslos sind. Einen interessanten Hinweis dafür, daß sich zumindest die Deutsche Bank über dieses Ergebnis im klaren ist, die mit der "Haftungs"-Zusage erreichbaren Vorteile jedoch auf jeden Fall erhalten will, enthalten deren Formulare: danach holt die Deutsche Bank die Zusage in den Fällen fehlender Identität von Schuldner und Eigentümer vom persönlichen Schuldner ein. Zugleich zeigt dies, daß die oben erläuterte Konstruktion des Schuldgrundes der Zusage richtig ist: es ist nämlich kaum anzunehmen, daß in diesem Falle der persönliche Schuldner die Grundsuld oder deren Bonität sichern bzw. verstärken will, sondern einzig und allein seine eigene persönliche Schuld, eben die Geschäftsverbindungsansprüche.

Beim Volksbank-Formular dagegen wird schon durch die fettgedruckte Überschrift auf den "Anerkenntnis"-Charakter der Zusage hingewiesen, also deutlich gemacht, daß hier etwas anderes zum Ausdruck gebracht werden soll als lediglich die Bestellung einer Grundsuld. Zudem trägt das Formular den Titel: "Grundsuld. Bestellung einer Briefgrundschuld mit dinglicher Zwangsvollstreckungsklausel. Persönliches Schuldanerkenntnis." Die Einzelabschnittsüberschriften, die alle fett- und größer als der übrige Text gedruckt sind, lauten: "I. G r u n d s c h u l d - b e s t e l l u n g IV. S c h u l d a n e r k e n n t n i s".

Der Eigentümer übersieht also schnell und leicht, welche einzelnen Erklärungen er abgibt. Von Überraschungs- oder Überrumpelungseffekt

wird daher nicht gesprochen werden können¹⁾. Dieser Erklärung wird man daher die Wirksamkeit nicht absprechen können.

bb. Fraglich kann nur sein, ob man diese Erklärung als Bürgschaft, Garantie oder Schuldanerkennnis bzw. -versprechen qualifizieren muß.

Zu denken wäre zwar auch an eine (kumulative) Schuldübernahme. Doch spricht dagegen die Nennung der festen Schuldsumme sowie die Tatsache, daß nach dem Willen der Parteien nicht Zahlungen des Schuldners automatisch ein entsprechendes Erlöschen der Zusage-Forderung begründen sollen.

Die Tatsache, daß der Eigentümer eine Verpflichtung zur Zahlung einer bestimmten Summe übernimmt, spricht gegen eine Bürgschaftsverpflichtung, da diese vom jeweiligen Bestand der Hauptschuld abhängt, §§ 765, 767 BGB, also bei Geschäftsverbindungsansprüchen im Regelfall nicht auf die genannte Summe fixiert ist. Doch wird das "Anerkennnis" als zur Sicherheit dieser Ansprüche bestimmt bezeichnet. Da seine Geltendmachung daher im Ergebnis vom Bestand der Hauptschuld abhängt, könnte man das "Anerkennnis" als Bürgschaftsverpflichtung bis zu dem genannten Betrag als Höchstgrenze ansehen, "Höchstbetrags-Bürgschaft". Dagegen spricht jedoch, daß die Bank offenbar und dem Eigentümer ersichtlich die Zusage zur schnellen und leichten Geltendmachung von Ansprüchen erstrebt. Dem steht aber entgegen, daß dann bei der Geltendmachung des "Anerkennnisses" als Bürgschaft die Bank den Bestand der Hauptschuld nachzuweisen hätte.

1) Zudem wird in manchen Fällen - wie oft mag angesichts der Praxis dahinstehen - die Beratung durch den Notar bei der Beurkundung Klarheit schaffen. Insoweit wird man in Einzelfällen, wo die Beratung durch den Notar stattgefunden hat, auch den übrigen Formularen Wirksamkeit zuerkennen können. Die Beweislast dafür muß jedoch der Bank obliegen; vgl. zu dieser Beratung durch den Notar: Reithmann, NJW 1973, S. 879 (880, 883).

Die Annahme einer Garantie entfällt aus denselben Gründen wie oben. Den Intentionen der Parteien entspricht daher allein - wie schon oben - die Qualifizierung des "Anerkenntnisses" als Schuldversprechen (bzw. Schuldanerkenntnis), §§ 780 (781) BGB.

Im Ergebnis bleibt daher festzuhalten, daß die "Haftungs"-Zusage des vom Schuldner personenverschiedenen Eigentümers nur wirksam ist, wenn die Formularklausel klar und deutlich ersichtlich den Eigentümer auf seine persönliche unbeschränkte Haftung hinweist. Das ist z.Z. nur bei den Volksbank-Formularen der Fall. Die Erklärung ist dann als Schuldversprechen bzw. -anerkenntnis, §§ 780, 781 BGB, anzusehen.

2.) Grundschuld und "Haftungs"-Zusage

Fraglich ist, ob nach dem Parteiwillen die grundsätzlich selbständige "Haftungs"-Zusage der Bank ihre Geltendmachung nur subsidiär nach der Grundschuld ermöglicht.

Einen ersten Anhaltspunkt zur Beantwortung dieser Frage bietet der Wortlaut der Zusageklausel selbst. Dort heißt es sinngemäß, die Zusage könne auch schon vor der Vollstreckung in das Grundstück gegen den Eigentümer geltend gemacht werden. Das würde sich nicht mit der Annahme vertragen, aus der Zusage solle nur subsidiär nach der Grundschuld vorgegangen werden können. Auch die Annahme, auf die Grundschuld solle nur subsidiär nach der Inanspruchnahme des sonstigen Vermögens aufgrund der "Haftungs"-Zusage zurückgegriffen werden können, läßt sich nicht halten: nach dem Wortlaut der Zusage-Klausel, wonach die Inanspruchnahme daraus "schon vor" der aus der Grundschuld möglich sein soll, gehen die Parteien offensichtlich davon aus, daß das Vorgehen aus der Zusage erst recht nachher möglich sein soll. Eine solche Annahme würde sich auch nicht mit den oben erörterten Intentionen der Parteien decken: die Zusage soll der Bank eine weitere, schnellere, leichtere Zugriffsmöglichkeit geben.

Dem steht nicht entgegen, daß in der formularmäßigen Behandlung die Grundschild als Sicherheit wohl im Vordergrund steht und die Zusage nur daneben gegeben wird. Denn die formularmäßige, praktische Handhabung kann nicht für den (juristisch) gewollten Inhalt der Erklärung entscheidend sein.

Fraglich kann noch sein, ob Grundschild und "Haftungs"-Zusage zueinander in einem Wahlschildverhältnis stehen, so daß der Gläubiger also entweder aus Grundschild oder aus "Haftungs"-Zusage vorgehen kann und mit Ausübung der Wahl die andere Zugriffsmöglichkeit untergeht¹⁾.

Dagegen spricht einmal der Wortlaut der Zusageklauseln, wonach die Inanspruchnahme daraus "schon vor" der aus der Grundschild möglich sein soll und damit offensichtlich (s.o.) erst recht nach der aus der Grundschild (sofern natürlich dann noch eine zu sichernde Forderung vorhanden ist). Zum anderen spricht dagegen die Interessenlage. Die Bank vermag regelmäßig vor der Vollstreckung in das - außer dem Grundschild-Grundstück - sonstige Vermögen des Eigentümers nicht zu sagen, ob dieses zur Befriedigung ausreicht, da sie weder die Eigentumsverhältnisse daran noch deren Zubehörereigenschaft (§ 1120 BGB!) kennen kann. Vor der Vollstreckung aus der Grundschild müßte sie Rentabilitäts- und/oder Wertberechnungen hinsichtlich des Grundstücks anstellen, die sich möglicherweise als falsch erweisen, und so könnte eine Befriedigung der Bank verfehlt werden. Diese Risiken sollen der Bank aber gerade abgenommen werden; sie soll vielmehr neben der Grundschild eine weitere, verstärkende, eventuell schneller und auch für den Eigentümer in weniger empfindlicher Weise durchsetzbare Sicherheit haben. Dahin geht der Wille beider Vertragsparteien.

Dem würde die Annahme eines Wahlschildverhältnisses widersprechen; denn dann würde die Bank nicht eine weitere Sicherheit erlangen, sondern ein bis dahin nicht vorhandenes Risiko einhandeln.

Ein Wahlschildverhältnis ist daher abzulehnen.

1) vgl. dazu BayObLG Z 1952, S. 184 (185).

Ob zwischen Grundschild und "Haftungs"-Zusage möglicherweise ein Gesamtschild- oder gesamtschildähnliches Verhältnis besteht, kann aus den oben erörterten Gründen in diesem Zusammenhang dahinstehen; denn bei einer solchen Annahme wäre der Gläubiger gerade berechtigt, beliebig jeden "Gesamtschildner", d.h. hier Zugriffsobjekte, oder auch beide in Anspruch zu nehmen (§§ 421, 425 BGB), bis die Inanspruchnahme eines Schuldners bzw. hier Verwertung einer Sicherheit zur Befriedigung des Gläubigers führt (§ 422 BGB).

Jedenfalls ist als Ergebnis festzuhalten, daß die "Haftungs-Zusage" selbständig neben der Grundschild die Geschäftsverbindungsorderungen der Bank sichert¹⁾.

3.) Rechtsbehelfe gegen ein Vorgehen aus Grundschild und "Haftungs-Zusage"

a) An dieser Stelle soll noch nicht darauf eingegangen werden, ob und wann die Bank Ansprüche aus der Zusage geltend machen kann, ob und wann sie die Zusage zurückgewähren muß und welche Rechtsbehelfe dem Eigentümer bei isoliertem Vorgehen aus der Zusage zustehen, wenn keine Ansprüche der Bank aus der Geschäftsverbindung mit dem Schuldner bestehen. Diese Fragen werden im Zusammenhang mit den Rückgewähransprüchen des Eigentümers weiter unten behandelt werden.

b) Eine damit in Zusammenhang stehende Frage soll jedoch hier schon erörtert werden: kann sich der Eigentümer wehren und wie kann er das, wenn die Bank zugleich oder nacheinander aus Grundschild und Zusage vorgeht und tatsächlich eine Forderung der Bank gegen den Schuldner besteht?

aa. Zunächst muß hierbei geklärt werden, ob die Bank nach der materiellen Rechtslage befugt ist, beide Rechte zugleich oder nacheinander geltend zu machen.

1) ebenso: Hieber, BayNotV 1928, S. 144 (145); Bourier, BayNotV 1930, S. 236 (240); Kolbenschlag, DNotZ 1965, S. 205 (206).

Nach dem ausdrücklichen Wortlaut der Klausel (Volksbanken) oder jedenfalls dem ausgelegten Sinn der Zusage dient diese Erklärung als Sicherheit für die Geschäftsverbindungsansprüche. Gleichrangig daneben (s.o.) steht die demselben Zweck dienende Grundschild. Sowohl bezüglich Grundschild als auch Haftungs-Zusage unterwirft sich der Eigentümer der sofortigen Zwangsvollstreckung, eröffnet daher der Bank den sofortigen Zugriff auf sein gesamtes Vermögen bzw. sein Grundstück.

Ausgangspunkt der Erörterung muß hierbei sein: die Bank soll nicht mehr aus den Sicherheiten erhalten, als ihr aus dem zugrundeliegenden Schuldverhältnis zusteht. Wie aber kann dies angesichts der - zumindest theoretisch bestehenden - Möglichkeit, gleichzeitig aus beiden Titeln die Zwangsvollstreckung zu betreiben, erreicht werden?

Kein geeigneter Weg ist es, dem Eigentümer eine - wie auch immer begründete - Einrede zu gewähren; denn gegen welchen der beiden Titel sollte ihm diese zustehen? Gegen beide Titel kann sie ihm offensichtlich nicht gewährt werden. Ein Vorrang des einen vor dem anderen Titel ist ebenfalls nicht ersichtlich. Immer dann, wenn zwei Sicherheiten von demselben Sicherungsgeber gestellt sind, ist der Gläubiger frei, welche Sicherheit er in Anspruch nimmt. Wenn die eine nicht ausreicht, versucht er, wegen seiner Forderung Befriedigung aus der anderen zu erlangen. Er kann auch aus beiden Sicherheiten zugleich vorgehen. Dafür, daß er nicht doppelte Befriedigung erhält, hat das Gesetz bei den akzessorischen Sicherheiten ein Regulativ bereit: in dem Moment, in dem die Verwertung einer Sicherheit zur Befriedigung der Forderung führt, geht die Forderung auf den Sicherungsgeber über (vgl. §§ 774, 1225, 1143 BGB), erlischt damit infolge Konfusion, wenn beide Sicherheiten von derselben Person gestellt werden, und damit erlischt die zweite akzessorische Sicherheit eben kraft ihrer Akzessorietät. In den Fällen der nicht-akzessorischen Sicherheiten dagegen, wie es Grundschild und Garantie bzw. Schuldanerkenntnis oder -versprechen darstellen, hält das Gesetz ein solches automatisch wirkendes Regulativ wie die Akzessorietät für den Sicherungsgeber nicht bereit: sie erlöschen nicht automatisch durch Tilgung der Forderungen, bei ihnen ist er auf obligatorische Rückgewähr-

ansprüche beschränkt und damit auf die "Bonität", Verlässlichkeit des Gläubigers und Sicherungsnehmers angewiesen. Einen materiell-rechtlichen Einwand aber gegen das Vorgehen aus beiden Sicherheiten gibt es bei akzessorischen wie nicht-akzessorischen Sicherungsmitteln erst in dem Augenblick, wo die Verwertung der einen Sicherheit zur Befriedigung des Gläubigers führt.

Daß ein Wahlschuldverhältnis nicht vorliegt, das dem Eigentümer nach der Wahl des Gläubigers hinsichtlich der einen Sicherheit eine materiell-rechtliche Einrede geben würde, wurde eben erörtert.

Auch daß eine nur subsidiäre Haftung einer der beiden Sicherheiten nicht vorliegt, wonach der Eigentümer bei Vorgehen aus der subsidiären Sicherheit eine Einrede gewänne, wurde oben dargetan.

Auch die oben offengelassene Möglichkeit der Annahme eines Gesamtschuldverhältnisses könnte dem Eigentümer keine Einrede gewähren. Dabei kann auch hier die Entscheidung über die Anwendung der §§ 421 ff. BGB offengelassen werden: denn erst die vollzogene Befriedigung durch, nicht schon das Vorgehen gegen einen Gesamtschuldner bzw. aus einer Sicherheit gibt eine Einrede für den anderen Gesamtschuldner bzw. für den aus der anderen Sicherheit in Anspruch genommenen Eigentümer¹⁾.

Im Ergebnis bleibt festzuhalten: Die Bank ist materiell-rechtlich nicht gehindert, aus Grundsuld und "Haftungs"-Zusage zugleich vorzugehen. Erst in dem Augenblick, wo die Verwertung einer der beiden Sicherheiten zur Befriedigung der Bank führt, entsteht in Höhe dieser Befriedigung eine materiell-rechtliche Einrede gegen die Verwertung der zweiten Sicherheit, denn die Befriedigung aus einer Sicherheit bedeutet insoweit Erlöschen der gesicherten Forderung, § 364 BGB, und damit kann die noch bestehende Sicherheit herausverlangt werden, wenn die gesicherte

1) vgl. dazu: § 425 BGB; OLG Celle OLG Z 1970, S. 360; Palandt-Heinrichs, § 421, Anm. 4.

Forderung vollständig getilgt ist. Soweit allerdings die Verwertung der ersten Sicherheit nicht zur vollständigen Forderungstilgung führte, kann die zweite Sicherheit ebenfalls verwertet werden.¹⁾

bb. Hieran schließt sich eine weitere Frage an: welche Garantien bietet das Zwangsvollstreckungsrecht dem Eigentümer, daß er nicht letzten Endes aus beiden Sicherheiten in Anspruch genommen wird, die Bank also doppelte Befriedigung erhält?

(a) Zur Durchführung der Zwangsvollstreckung aus einem der beiden nach § 794 I Nr. 5 ZPO vollstreckungsfähigen Sicherungsmittel ist zunächst die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung, § 724 ZPO, erforderlich. Diese wird erteilt, wenn ein Gesuch des Gläubigers auf deren Erteilung vorliegt und der Titel, also die Urkunde im Sinne des § 794 I Nr. 5 ZPO, einen vollstreckungsfähigen Inhalt hat. Das ist bei den Gesuchen auf vollstreckbare Ausfertigungen der aufgrund der Bankformulare erstellten Urkunden der Fall. Weitere Voraussetzungen müssen im Regelfall nicht vorliegen.

Lediglich bei Ansprüchen gegen Gesamtschuldner wird nur eine Ausfertigung erteilt²⁾, bei Teilschuldnern im Sinne des § 420 BGB soviel Ausfertigungen, wie Schuldner vorhanden sind³⁾. Eine Teilschuldnerschaft scheidet deswegen aus, weil nach dem Parteiwillen die Vermutung des § 420 BGB, bei im Sinne des § 266 BGB teilbaren Leistungen hafteten alle Schuldner auf einen gleichen Teil, widerlegt ist: Grundschild und "Haftungs"-Zusage sollen je für sich die ganze Forderung der Bank sichern (s.o.).

Auch hier kann jedoch die Frage der Gesamtschuld offengelassen werden: die sehr umfassende Formulierung, bei Gesamtschuldnern werde nur eine Ausfertigung erteilt, ist irreführend; wenn man dazu die Rechtsprechung⁴⁾

1) vgl. Esser, NJW 1953, S. 1893/4.

2) Thomas-Putzo, § 724, Anm. 7 b.

3) Thomas-Putzo, a.a.O.

4) OLG Naumburg JW 1936, S. 400; OLG Hamburg SeuffArch. Bd. 57, Nr. 60.

und Literatur¹⁾ genauer ansieht, so erkennt man, daß diese Aussage nur für den Fall gemeint ist, daß der Gläubiger einen Titel gegen mehrere Gesamtschuldner hat und von diesem einen Titel mehrere Ausfertigungen, also "weitere" vollstreckbare Ausfertigungen im Sinne des § 733 ZPO, begehrt²⁾. Ein solcher Fall liegt hier aber gerade nicht vor, da die Bank für zwei Titel ja eine vollstreckbare Ausfertigung erhalten will. Das aber kann ihr so lange nicht verwehrt werden, wie sie im Besitz des Titels ist, da die Ausfertigung ohne Rücksicht auf den dahinter stehenden materiellen Anspruch erteilt wird³⁾. Der Vorschlag von Kolbenschlag⁴⁾, nur eine vollstreckbare Ausfertigung zu erteilen, findet also keine Stütze im Gesetz. Damit steht dem Beginn der Zwangsvollstreckung aus beiden Titeln kein rechtliches Hindernis im Wege.

(b) Eine vom Eigentümer eingelegte Erinnerung gegen die Klauselerteilung nach § 732 ZPO wäre erfolglos.

Fraglich ist jedoch nunmehr, ob dem Eigentümer nicht im Laufe der Zwangsvollstreckungsdurchführung aus beiden Titeln gegen seine Inanspruchnahme daraus Rechtsbehelfe zur Seite stehen.

Zunächst ist zu untersuchen, ob dem Eigentümer Rechtsbehelfe gegen die Zwangsvollstreckung aus dem "Haftungs"-Zusage-Titel zustehen. Daraus ist die Vollstreckung in das bewegliche Vermögen des Eigentümers möglich.

(aa) Gegen diese Vollstreckung kann sich der Eigentümer u. a. mit Erfolg wehren, wenn sie in unzulässiger Art und Weise vorgenommen wird, § 766 ZPO. Das ist hier wohl nur dann der Fall, wenn der Bank für diese Vollstreckung kein Rechtsschutzbedürfnis zur Seite steht⁵⁾.

1) Stein-Jonas, - Schönke-Pohle, § 725, Anm. I.

2) so besonders deutlich: OLG Naumburg, a. a. O.

3) vgl. RG HRR 1930, Nr. 1163.

4) DNotZ 1965, S. 205 (209).

5) Thomas-Putzo, vor § 704, Anm. VII, 2f.

Dies fehlt einmal dann, wenn bereits eine vollstreckbare Urkunde für denselben Anspruch besteht¹⁾, da dann ein leichter, einfacher Weg zur Durchsetzung des Anspruches zur Verfügung steht. Der Anspruch im prozessualen Sinne ist dann derselbe, wenn Antrag und diesem zugrundeliegender Lebenssachverhalt derselbe sind²⁾. Hier ist schon der Antrag nicht derselbe: der aus der Grundsuld geht auf Duldung der Zwangsvollstreckung, der aus "Haftungs"-Zusage auf Zahlung.

Das Rechtsschutzbedürfnis fehlt auch dann, wenn sonst ein leichter, einfacher Weg zur Durchsetzung des Anspruchs gegeben ist. Das ist hier nicht der Fall: denn wenn aus der Grundsuld die Zwangsvollstreckung betrieben werden soll, so kann man nicht sagen, die aus der Zusage sei leichter; denn aus der Zusage kann nicht ebenfalls direkt die Zwangsversteigerung bzw. -verwaltung betrieben werden, sondern erst auf dem Umweg über die Eintragung einer Zwangshypothek, die zudem im Regelfall schlechtrangig ist. Auch umgekehrt läßt sich nicht vertreten, die Vollstreckung aus der Grundsuld sei leichter und einfacher. Denn gerade die Zwangsversteigerung oder -verwaltung eines Grundstückes bietet erhebliche Komplikationsmöglichkeiten: zudem läßt sich im vorbinnen nie sagen, ob der auf den Grundsuldgläubiger entfallende Vollstreckungserlös zu seiner Befriedigung ausreichen wird.

Die bloße Möglichkeit, Aussicht, aus der jeweils anderen Sicherung Befriedigung zu erlangen, kann nicht das Rechtsschutzbedürfnis beseitigen; denn niemand kann mit seinem Recht zurückgewiesen werden, weil nur möglicherweise ein anderes seiner Rechte ihm Befriedigung bringt. Der Vorschlag Kolbenschlag's³⁾, der Eigentümer müsse mit dem Rechtsbehelf des § 766 ZPO Erfolg haben, ist daher nicht haltbar.

1) Thomas-Putzo, vor § 253, Anm. III, A 1 n.

2) so die h.M.; vgl. Thomas-Putzo, Einleitung, II, 5.

3) Kolbenschlag, a. a. O.

(bb) Der Eigentümer könnte jedoch erfolgreich den Rechtsbehelf des § 767 ZPO geltend machen. Nach §§ 794 I Nr. 5, 797 IV ZPO kann sich der Eigentümer hier, da er sich in einer Urkunde der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen hatte, alle Einwendungen gegen den Anspruch selbst geltend machen, aus dem die Vollstreckung betrieben wird. Dem Eigentümer steht jedoch ein materiell-rechtlicher Einwand aus dem gleichzeitigen Vorgehen aus Grundschild und "Haftungs"-Zusage nicht zu.

Daher versagt auch der Rechtsbehelf des § 767 ZPO.

(cc) Eine Berufung auf § 765 a ZPO muß ebenfalls scheitern; denn dieses Vorgehen des Gläubigers aus beiden Titeln bedeutet jedenfalls solange keine sittenwidrige Härte für den Eigentümer, als nicht besondere Umstände befürchten lassen, daß der Gläubiger doppelte Befriedigung erlangen werde und zudem ohne Regressmöglichkeit bleiben werde. Eine derartige Situation aber wird wohl kaum jemals vorkommen.

Im Ergebnis bedeutet das: das Zwangsvollstreckungsrecht bietet dem Eigentümer keine Möglichkeit, sich gegen das Vorgehen des Gläubigers aus beiden Titeln zu wehren.

Ob jedoch der Eigentümer keine Chance hat, eine doppelte Befriedigung des Gläubigers zu verhindern, ist eine andere Frage. Diese wird weiter unten, im Zusammenhang mit den Rückgewähransprüchen, behandelt werden.

4. /"Haftungs-Zusage" und "Anrechnungs-Vereinbarung"

Ein weiteres Problem stellt sich bei der "Haftungs"-Zusage, wenn man ihr Verhältnis zu der "Anrechnungsvereinbarung" betrachtet, nach der - wie alle Formulare in weitestgehender Übereinstimmung sagen - Zahlungen, die aus irgendeinem Grunde an die Gläubigerin geleistet werden, nicht auf die Grundschild, sondern auf die persönliche Forderung anzurechnen sind: Soll diese Vereinbarung auch im Verhältnis zwischen per-

sönlicher Forderung und Zusage gelten, und soll sie auch zwischen Grundschuld und Zusage Bedeutung haben?

a) Dieser Frage soll zunächst unter dem Blickwinkel von Schuldner-Eigentümer-Identität nachgegangen werden.

aa. Dann ist zu fragen, ob die Anrechnungsvereinbarung auch zwischen persönlicher Grundforderung und Zusage Geltung haben soll. Bei beiden handelt es sich um eine "persönliche Forderung". Bei Identität von Schuldner und Eigentümer sind sie beide gegen dieselbe Person gerichtet, bei fehlender Identität gegen verschiedene Personen.

(a) Was will die Bank mit der Anrechnungsvereinbarung erreichen? Zunächst und offensichtlich, daß die abstrakte Grundschuld nicht durch Zahlungen während der Geschäftsverbindung abgelöst wird, da der Bank dann - bei Weitergewährung von Kredit bzw. Entstehen sonstiger Ansprüche - eine Sicherheit verloren ginge.

(b) Ein weiterer Zweck könnte es sein, daß die Bank noch weitergehend jedwede abstrakte Sicherheit behalten und weiterhin vermeiden will, daß diese durch Zahlungen abgelöst werden. Dagegen spricht der Wortlaut der Klausel, der eindeutig nur von Zahlungen auf die Grundschuld-Sicherheit spricht. Spricht jedoch die Interessenlage für eine Auslegung zugunsten des weiteren Zwecks?

Ausgangspunkt muß - wie bereits oben erörtert - dabei sein, welche Situation bestehen würde, wenn die Anrechnungsvereinbarung hier fehlen würde. Da diese Klausel nur eine Änderung des § 366 II BGB dahin bringt, daß dessen gesetzliche Tilgungsreihenfolge für den Fall fehlender Tilgungsbestimmung ausgeschlossen ist, weil eine solche Bestimmung vorab in der Klausel getroffen ist, ist zu fragen, welche Forderung bei Anwendbarkeit des § 366 II BGB getilgt wäre.

Die "Haftungs"-Zusage-Forderung ist "jederzeit ohne Kündigung fällig" - so alle Formulare - und außerdem mit einer Zwangsvollstreckungs-

klausel ausgestattet. Die Zusage-Forderung ist daher während laufender Geschäftsverbindung die allein fällige, daher als getilgt anzusehen; nach Beendigung der Geschäftsverbindung ist die persönliche Forderung ebenfalls fällig und bietet der Bank geringere Sicherheit. Nach Einleitung von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen aus der Zusage-Forderung ist die Situation dieselbe, wie oben zum Verhältnis zwischen Grundschild und Forderung erörtert, somit die Zusage-Forderung als getilgt anzusehen.

Immer dann also, wenn nach dem eben Gesagten die Zusage-Forderung als getilgt anzusehen wäre, würde das dazu führen, daß mit jeder Zahlung des Kunden die Zusage-Forderung vermindert würde, sodaß die Bank in relativ kurzer Zeit zwar noch eine vollstreckbare Urkunde wegen dieser Forderung in Händen hätte, diese Urkunde aber praktisch eine leere Hülse bedeuten würde, da sie der jederzeitigen Kondition unterliegen würde.

Die Interessenlage auf Seiten der Bank spricht daher für die Erstreckung der Anrechnungsvereinbarung auch auf das Verhältnis Geschäftsverbindungs-Forderung/Zusage. Diese Analyse der Interessenlage wird der Kunde zwar nicht vornehmen, doch kann er jedenfalls aufgrund der Anrechnungsklausel erkennen, daß der Bank an der Tilgung der Geschäftsverbindungs-Forderung in erster Linie gelegen ist. Kann er aber so den Gehalt des Vertrages erkennen, so muß er sich trotz abweichender eigener Interessenlage an der Vereinbarung festhalten lassen. Die Ausdehnung der Anrechnungsvereinbarung führt dabei zu folgendem Ergebnis:

Die Vereinbarung begründet die Pflicht des Eigentümers, auf die Geschäftsverbindungs-Forderung zu zahlen, schließt für Fälle, in denen bei Zahlung keine ausdrückliche Bestimmung getroffen wird, die Anwendung des § 366 II BGB wegen Vorwegnahme der Bestimmung aus und hindert den Eigentümer nicht, gleichwohl auf die Zusage-Forderung zu zahlen. Das gilt nicht, wenn die Bank Vollstreckungsmaßnahmen aus dem Zusage-Titel einleitet.

bb. Nun stellt sich noch die Frage, ob die Anrechnungsvereinbarung

auch im Verhältnis Grundschild/Zusage gilt¹⁾.

Wenn die Vereinbarung nicht existiert, so sind beide "Schulden" fällig. Geringere Sicherheit scheint keine zu bieten, da beide mit der Zwangsvollstreckungsklausel versehen sind; doch scheint die Zusage-Forderung größere Sicherheit zu bieten, da aus ihr in das gesamte Vermögen des Eigentümers vollstreckt werden kann. Das ist jedoch eine Frage des Einzelfalls: wenn etwa außer dem Grundbuch kein nennenswertes Vermögen vorhanden ist, andere vorhandene Grundstücke über den Rahmen wirtschaftlicher Vertretbarkeit belastet sind, bewegliches Vermögen sicherungsübereignet ist oder unter Eigentumsvorbehalt steht, Forderungen abgetreten sind, dann bietet die Grundschild größere Sicherheit. In der Mehrzahl der Fälle, in denen keine größere Verschuldung und Sicherheitenstellung des Eigentümers besteht, wird man jedoch wohl die Zusage-Forderung als größere Sicherheit bietend ansehen müssen; dann gilt die Grundschild als getilgt.

Das gilt für alle Zeitpunkte, die möglich sind, mit Ausnahme des Falles, in dem die Bank Zwangsvollstreckungsmaßnahmen aus einem der beiden Titel einleitet.

Aus den eben erörterten Gründen ist dem Kunden jedoch aus der Anrechnungsvereinbarung erkennbar, daß der Bank an möglichst langer Erhaltung der Sachsicherheit gelegen ist. Die Anrechnungsvereinbarung ist daher auch auf das Verhältnis Grundschild/Zusage anwendbar.

Sie führt zu dem bereits oben als richtig gefundenen Ergebnis, mit dem einzigen Unterschied, daß statt "persönlicher Forderung" "Zusage-Forderung" und statt "Zusage-Forderung" "Grundschild" zu lesen ist.

cc. Weitere Frage ist jedoch, was nun angesichts der Tatsache, daß die Bank praktisch drei Forderungen gegen den Eigentümer hat, nämlich Grund-

1) Das gilt selbstverständlich nur, soweit die Formulare rein negativ (z.B. "Zahlungen gelten nicht als auf die Grundschild gemacht") oder ambivalent bestimmen (z.B. "Zahlungen gelten als auf die persönliche Forderung gemacht"). In den sonstigen Fällen (z.B. "Zahlungen gelten als auf die gesicherte Forderung gemacht") stellt sich die angeschnittene Frage nicht.

schuld, Zusage- und Geschäftsverbindungsforderung, die Anrechnungsvereinbarung zu bewirken vermag.

(a) Ohne sie würde folgendes gelten: während laufender Geschäftsverbindung sind lediglich Grundsuld und Zusage-Forderung fällig, die Geschäftsverbindungsforderung daher jedenfalls nicht getilgt.

Zwischen Grundsuld und Zusage-Forderung gilt dann das oben Gesagte: die Grundsuld ist als getilgt anzusehen. Nach Beendigung der Geschäftsverbindung bietet die Geschäftsverbindungsforderung geringere Sicherheit als die beiden anderen, sie ist als getilgt anzusehen. Bei Einleitung von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen ist die jeweils dem betreffenden Titel zugrundeliegende Forderung als getilgt anzusehen.

(b) Die Anrechnungsvereinbarung führt nun im Endeffekt zu einer Kombination aus den beiden oben gefundenen Ergebnissen: die Vereinbarung begründet die Pflicht des Eigentümers, auf die Geschäftsverbindungs-Forderung zu zahlen, schließt für Fälle fehlender Tilgungsbestimmung die Anwendbarkeit des § 366 II BGB wegen vorweggenommener Tilgungsbestimmung aus und hindert den Eigentümer nicht an der Zahlung auf Zusage-Forderung oder Grundsuld. Bei Einleitung von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen aus einem der beiden Titel gilt die Zahlung als auf die jeweils geltend gemachte titulierte Forderung gemacht.

(c) Nun war jedoch oben als richtig erkannt worden, daß die Zwangsvollstreckung aus beiden Titeln nebeneinander zulässig ist. Was gilt, wenn die Bank aus beiden Titeln die Vollstreckung betreibt? In diesem Fall muß man m. E. wiederum auf die Regel des § 366 II BGB zurückgreifen: die Grundsuld bietet geringere Sicherheit; erbringt der Eigentümer vor der Vollstreckungsbeendigung freiwillige Zahlungen, zahlt er auf die Grundsuld.

b) Nunmehr soll untersucht werden, wie die Anrechnungsvereinbarung wirkt, wenn Schuldner und Eigentümer nicht identisch sind.

Oben bereits wurde für diesen Fall die Geltung der Vereinbarung im Verhältnis Grundschild/gesicherte Forderung wie folgt bestimmt: lediglich während des Laufs der Geschäftsverbindung besteht die Pflicht des Eigentümers, Zahlungen nur auf die gesicherte Forderung zu erbringen. Zu den anderen Zeitpunkten gelten trotz der Vereinbarung die Zahlungen als auf die Grundschild gemacht. Kommentarlos Zahlungen während der Geschäftsverbindung machen trotz der eben genannten Verpflichtung die Zahlung nicht zur Zahlung auf die gesicherte Forderung.

aa. Welche Bedeutung hat nun die Anrechnungsvereinbarung im Verhältnis zwischen "Haftungs-Zusage" und Geschäftsverbindungs-Forderung?

(a) Zunächst stellt sich die Frage, was ohne die Vereinbarung gelten würde. Dem Eigentümer gegenüber besteht nur die Zusage-Forderung. Er kann zwar als Dritter im Sinne des § 267 BGB auf die Schuld des Schuldners zahlen. Doch ist im Zweifel anzunehmen, daß der Eigentümer auf seine eigene Verpflichtung hin zahlt. Die Zusage-Forderung gilt als getilgt.

(b) Ändert die Anrechnungsvereinbarung etwas daran? Die Interessenlage ist dieselbe, wie oben für den Fall der Eigentümer-/Schuldner-Identität erörtert. Die Bank will die abstrakte Sicherheit erhalten wissen. Das ist der offensichtliche Sinn der Vereinbarung. Aus den gleichen Erwägungen, wie oben zur Geltung der Vereinbarung im Verhältnis Grundschild/Forderung bei Personenverschiedenheit angestellt, ist nun als Ergebnis der Vereinbarung zwar anzusehen, daß der Eigentümer sich schuldrechtlich verpflichtet, auf die Forderung der Bank gegen den Schuldner zu zahlen, aber nicht, daß kommentarlos Zahlungen als auf diese Forderung gemacht anzusehen sind. Denn die u.U. zeitlich unbegrenzte Haftung mit dem ganzen Vermögen für Schulden eines anderen verbietet die automatische Anrechnung auf dessen Schuld. Aber auch diese eben angesprochene Verpflichtung gilt nur während des Laufs der Geschäftsverbindung. Denn ansonsten besteht dieselbe Situation wie oben für das Grundschild/Forderung-Verhältnis erörtert.

bb. Wie wirkt die Anrechnungsvereinbarung im Verhältnis zwischen Grundschild und "Haftungs-Zusage"? ¹⁾

Ohne die Vereinbarung würde folgendes gelten: gegen den Eigentümer bestehen zwei Forderungen im Sinne des § 366 II BGB, Grundschild und "Haftungs-Zusage". Für diese gilt dasselbe, wie oben für den Fall der Personenidentität erörtert.

Die Anrechnungsvereinbarung erzeugt daher auch dieselbe Wirkung, wie dort aufgezeigt.

cc. Was vermag nun die Vereinbarung zu bewirken, wenn - wie üblich - Grundschild, "Haftungs-Zusage" und Geschäftsverbindungsforderung bestehen?

Ohne Geltung der Vereinbarung würden Zahlungen des Eigentümers als auf die Grundschild gemacht anzusehen sein.

Die Vereinbarung bewirkt nun folgendes: der Eigentümer ist verpflichtet, auf die Geschäftsverbindungsforderung der Bank gegen den Schuldner zu zahlen. Eine Wirkung der Vereinbarung, daß kommentarloses Zahlen als Zahlung auf diese Forderung gilt, ist nicht gegeben.

Das alles gilt nur während der Zeit der Geschäftsverbindung zwischen Bank und Schuldner. In den beiden anderen untersuchten Zeitpunkten besteht nicht einmal diese sogenannte Pflicht, sondern es gilt vielmehr das oben zum Verhältnis Grundschild/"Haftungs-Zusage" Erörterte.

1) das gilt selbstverständlich nur, soweit die Formulare rein negativ (z. B.: "Zahlungen gelten nicht als auf die Grundschild gemacht") oder ambivalent bestimmen (z. B.: "Zahlungen gelten als auf die persönliche Forderung gemacht"). In den sonstigen Fällen (z. B.: "Zahlungen gelten als auf die gesicherte Forderung gemacht") stellt sich die angeschnittene Frage nicht.

C. DER RÜCKGEWÄHRANSPRUCH

I. Rechtliche Grundlage

1.) Hypothek und Grundschuld

Wenn eine Bank einem Kunden Kredit gegen Einräumung einer Grundschuld gewährt, die einem schon eingetragenen Grundpfandrecht im Rang nachgeht, so tauchen zwei Fragen auf:

Besteht für die Bank eine Möglichkeit, das voreingetragene Recht als weitere Sicherheit oder zumindest dessen Rang nach Erlöschen der dadurch gesicherten Forderung zu erhalten?

Kann umgekehrt der Kunde nach Tilgung der Forderungen der Bank die Grundschuld zurückverlangen?

a) Das vorrangige Recht bzw. eine Rangverbesserung der für die Bank einzutragenden nachrangigen Grundschuld suchen die Banken mit im wesentlichen gleichlautenden Formularbestimmungen zu erlangen: "Der Eigentümer verpflichtet sich der jeweiligen Gläubigerin der vorstehend bestellten Grundschuld gegenüber, sämtliche dieser Grundschuld in Abteilung III im Range vorgehenden oder gleichstehende Rechte löschen zu lassen, wenn und soweit sie sich mit dem Eigentum in einer Person vereinigen oder schon vereinigt haben ... soweit es sich bei diesen Rechten um Hypotheken handelt, umfaßt die Lösungsverpflichtung auch den Fall des § 1163 I 1 BGB. 2. Zur Sicherung dieses Anspruchs bewilligt und beantragt der Eigentümer die Eintragung der vorstehend bestellten Grundschuld im Grundbuch bei den in Ziff. 1 bezeichneten Rechten. III. Abtretung des Rückgewähranspruchs. Der Eigentümer tritt hiermit den Anspruch auf Übertragung der Grundschuld(en), ..., auch soweit dieser Anspruch bedingt ist oder erst künftig entsteht, an die Gläubigerin ab. Abgetreten werden ferner die Ansprüche auf Verzicht auf die Grundschuld sowie Aufhebung der Grundschuld ¹⁾

1) so: Formular der Volksbanken (Nr. 11).

aa) Daß diese Formulierung für den Fall, daß das vorliegende Recht eine Hypothek ist, volle Wirksamkeit hat und der Bank alle gewünschte Sicherheit bietet, kann nicht zweifelhaft sein. Denn für die Hypothek sind die Konsequenzen der anfänglichen Nicht-Existenz wie auch eines späteren Wegfalls der gesicherten Forderung im Gesetz geregelt:

§ 1163 I BGB ordnet in beiden Fällen an, daß die Hypothek dem Eigentümer des Grundstücks zusteht bzw. von diesem erworben wird. In dem ersten Fall ist die Hypothek also von Anfang an nicht als Fremdhypothek entstanden; im anderen Fall verliert sie nachträglich ihren Charakter als Fremdhypothek, steht also in jedem Fall dem Eigentümer als Eigentümerpfandrecht, § 1177 BGB, zu. Aus dieser Anordnung der §§ 1163, 1177 BGB ergibt sich die Möglichkeit für den Eigentümer, das Grundbuch auch formell berichtigen zu lassen, § 894 BGB, da die Grundstücksbelastung nunmehr materiell zu seinen Gunsten besteht. Er ist dazu zwar gesetzlich nicht verpflichtet, kann sich jedoch vertraglich verpflichten, so zu verfahren.

Diese obligatorische Verpflichtung des Eigentümers gegenüber der Bank wird unter II 1 des Formulars begründet.

Die dingliche Sicherung dieses Anspruchs der Bank erfolgt gemäß § 1179 BGB durch die Eintragung einer gemäß § 885 BGB vom Eigentümer zu bewilligenden Löschungsvormerkung¹⁾. Durch diese Vormerkung wird zwar weder der Übergang der mit der Vormerkung belasteten Hypothek bei der per legem angeordneten Entstehung eines Eigentümergrundpfandrechts gehindert, noch wird grundsätzlich die Verfügungsmacht des Eigentümers beschränkt. Aber jede Verfügung des Eigentümers, durch die die Rechtsstellung der aus der Löschungsvormerkung berechtigten Bank beeinträchtigt wird, ist dieser gegenüber unwirksam, und die Bank kann die Vornahme der Löschung erzwingen, §§ 883 II, 888 BGB²⁾.

Der Effekt einer solchen durch Vormerkung sichergestellten Löschung ist folgender: Bei jedem Erlöschen einer vorgehenden Hypothek rückt

1) die dann auch unter II 2 des Formulars bewilligt und beantragt wird.

2) vgl. zu allem: Dempewolf, S. 2 f.

die Bank mit ihrer nachrangigen Grundschild wegen des Prinzips der gleichenden Rangfolge¹⁾ im Rang auf, ihre Grundschild wird damit "besser".

bb) Die Konsequenzen des Nichtentstehens oder späteren Wegfalls einer durch eine Grundschild gesicherten Forderung sind dagegen nicht - zumindest nicht ausdrücklich - im Gesetz geregelt.

Grundsätzlich ist bei der Grundschild²⁾ die Forderung weder zuständigkeitsbestimmend noch notwendiger Entstehungsbestandteil. Unabhängig davon also, ob die Forderung überhaupt entsteht oder aber später untergeht, bleibt die Grundschild in ihrem sachenrechtlichen Bestand unangetastet³⁾, sie steht sachenrechtlich weiterhin dem eingetragenen Gläubiger zu. In dieser Hinsicht verhält es sich nicht anders, als wenn z.B. für einen Nießbrauch, eine Grunddienstbarkeit, die nach § 873 BGB wirksam bestellt sind durch Einigung und Eintragung, das festgesetzte Entgelt nicht gewährt wird. Das Entgelt ist Gegenstand des obligatorischen Grundgeschäfts⁴⁾. § 1163 BGB kann auf die Grundschild nicht angewendet werden, da diese Vorschrift gerade auf der Zusammengehörigkeit von Hypothek und Forderung beruht, § 1192 BGB⁵⁾.

Eine Eigentümergrundschild kann aus der Sicherungsgmundschild daher nur dann entstehen, wenn die Grundschild selbst getilgt wird⁶⁾. In diesem Fall allerdings entfaltet die eingetragene Löschungsvormerkung dieselbe Wirkung wie bei einer Hypothek.

Regelmäßig⁷⁾ erfolgt die Befriedigung des Gläubigers jedoch wegen der ge-

1) Baur, S. 142.

2) vgl. oben Einleitung.

3) allg. Ansicht; vgl. etwa Palandt-Degenhart, § 1191.

4) RG Z Bd. 78, S. 60 (65).

5) allg. Ansicht; vgl. z.B. BGH LM § 1163 Nr. 2; RG Z Bd. 78, S. 60 (65); BGH JZ 1957, S. 62; Palandt-Degenhart, § 1191, Anm. 2, § 1192, Anm. 1; Kramer, S. 26 ff. mit ausführlicher Auseinandersetzung mit früher vertretenen Ansichten.

6) im Ergebnis unbestritten: vgl. Huber, S. 36 ff.; Dempewolf, S. 3.

7) s.o., S. 53 ff.

sicherten Forderung, nicht wegen des Grundschuldkapitals.

Die Sicherungsgrundschuld wird also in ihrem dinglichen Bestand nicht berührt.

Jedoch hat der Grundstückseigentümer in allen Fällen, die § 1163 BGB für die Hypothek beschreibt, also den Fällen der Nichtvalutierung und späteren Tilgung, wie auch in den Fällen nichtiger Sicherungsabrede, nach allgemeiner Ansicht einen Anspruch gegen den Sicherungsnehmer auf Rückgewähr der diesem eingeräumten Grundschuld¹⁾.

Die Grundlagen und Voraussetzungen dieses formularmäßig der Bank abgetretenen Anspruchs sollen im folgenden untersucht werden. Da ein Großteil aller eingetragenen Grundschulden der Sicherung von Bankforderungen dienen, soll im folgenden davon ausgegangen werden, daß die voreingetragene Grundschuld bankformulargemäß bestellt wurde.

b) Der danach in Grundlage und Voraussetzungen mit dem vorgenannten Anspruch der Bank auf voreingetragene Grundschulden identische Anspruch, den der Kunde seinerseits gegen die Bank nach Kreditrückzahlung hat, ist damit eo ipso ebenfalls Gegenstand der folgenden Erörterungen.

2.) Rechtsgrundlage

Auf welcher rechtlichen Grundlage beruht der Anspruch auf Rückgewähr der Grundschuld?

Sehr häufig findet man die Formulierung, der Rückgewähranspruch bestehe aus dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung (§§ 812 ff. BGB) und aufgrund der vorausgegangenen Sicherungsabrede²⁾.

Es wird der Anspruch sogar allein aus § 812 BGB hergeleitet³⁾.

Andererseits fällt sofort ins Auge, daß trotz der grundsätzlichen Exklusivität von Vertrags- und Bereicherungsanspruch⁴⁾ der Rückgewähranspruch

1) vgl. für alle: Palandt-Degenhart, § 1191, Anm. 2.

2) vgl. BGH WM 1966, S. 653; BGH Z Bd. 19, S. 205, Wolff-Raiser, S. 641; Westermann, S. 567; BGH LM § 1169, Nr. 1; Lent-Schwab, S. 260; Münstermann, S. 23/24; Dempewolf, S. 6 ff.; Zeiss, AcP Bd. 164, S. 50 (68 ff.); RGRK-Schuster, § 1191, Anm. 4; OLG Köln DNotZ 1970, S. 419; kritisch dazu: OLG Köln OLG Z 1969, S. 420.

3) OLG Köln OLG Z 1969, S. 420 ff.; vgl. die bei Seckelmann, S. 138, angeführten Stellen.

4) vgl. z.B. RG Z Bd. 166, S. 65 (71); vgl. Serick III, S. 392 m.w.N.; Henseler, AcP Bd. 166, S. 409 (413).

sich aus beiden Grundlagen herleiten soll. Die Grundlage des Rückgewähranspruchs soll im folgenden entsprechend von verschiedenen infrage kommenden Falgestaltungen seiner Entstehung untersucht werden. Als mögliche Entstehungsgründe kommen insbesondere folgende Fälle infrage:

1. der Sicherungsvertrag ist aus irgendeinem Grunde nichtig (etwa wegen Anfechtung oder Dissens; Wucher dürfte im Bankverkehr wohl kaum infrage kommen, wohl aber Schuldnerknebelung oder Übervorteilung dritter Gläubiger)¹⁾,
2. die gesicherte Forderung ist nicht entstanden, etwa weil die Bank den versprochenen Kredit nicht auszahlt,
3. der ausgezahlte Kredit ist bereits zum Teil zurückgezahlt,
4. der Kredit ist vollkommen getilgt.

a) Worauf beruht der Rückgewähranspruch, wenn der Sicherungsvertrag nichtig ist?

aa. Um diese Frage beantworten zu können, muß zunächst entschieden werden, was denn eigentlich Rechtsgrund für die Hingabe der Grundschild ist.

Durch die Sicherungsabrede wird die - als dingliches Recht abstrakte - Grundschild in Beziehung zu einer Forderung gesetzt. Die Natur dieser Beziehung besteht darin, daß die Grundschild schuldrechtlich vom Sicherungszweck und damit letztendlich von der gesicherten Forderung abhängig ist. Es ist dies das Zusammenwirken von "Folge" und "Grund": "Folge" ist die Zuwendung der Grundschild, "Grund" die zunächst einen Anspruch auf die Grundschild gebende und dann nach dessen Erfüllung zum Behalten der Grundschild berechtigende causa .

1) beachte: lediglich der Sicherungsvertrag, nicht auch der entsprechende Kreditvertrag ist nichtig.

Ohne eine solche causa kann die Zuwendung keinen Bestand haben. Während bei der akzessorischen Hypothek das Bestehen einer solchen causa vom Akzessorietätsprinzip kontrolliert wird, gibt es bei der nicht-akzessorischen Grundschild keine solche automatisch funktionierende Kontrolle.

Vielmehr ist bei der Grundschild immer das Vorliegen einer solchen causa zu prüfen. Wenn sie vorhanden ist, kann aus keinem rechtlichen Gesichtspunkt die Rückgängigmachung der Grundschildhingabe in Betracht kommen.

Entscheidend ist demnach, ob die Bank zunächst einen Anspruch auf Erhalt der Grundschild hat, der sich bei Erfüllung in einen Behaltensgrund (causa retinendi) wandelt (sog. "objektiver Rechtsgrund" oder "objektive causa"¹⁾), und ob weiterhin gerade dieser Anspruch erfüllt worden ist (sog. "subjektive causa" oder "subjektiver Rechtsgrund"²⁾).

(a) Bei Erfüllung der gesicherten Forderung ist nun eben diese Forderung dieser objektive Rechtsgrund, denn zuerst hatte die Bank einen Anspruch auf diese Erfüllung und danach daraus einen Behaltensgrund bezüglich des zur Erfüllung Geleisteten (causa retinendi)³⁾.

Zwar ist auch die Grundschild - allerdings in sekundärer Hinsicht-zur Erfüllung der gesicherten Forderung hingegeben, nämlich erfüllungshalber (vgl. Ziff. 20 AGB). Dennoch wäre es verfehlt, daraus zu entnehmen, die gesicherte Forderung sei der objektive Rechtsgrund der Grundschildbestellung⁴⁾. Denn allein aufgrund der Forderung hat die Bank weder einen Anspruch auf Bestellung einer Grundschild, noch demzufolge einen

1) Huber, S. 87; Weber, AcP Bd. 169, S. 237 (240) jeweils m.w.N..

2) Huber, S. 89; Weber, a.a.O.; Serick I, S. 57 ff..

3) vgl. von Caemmerer, Festschrift Rabel, S. 333 (344).

4) so aber: Krawielicki, S. 167 ff., S. 186 ff. auch KG JW 1933, S. 64.

Behaltensgrund bezüglich der Grundschild¹⁾.

Erforderlich ist vielmehr ein Anspruch gerade auf Bestellung einer Grundschild, der nach seiner Erfüllung einen Behaltensgrund bezüglich der Grundschild darstellt. Erst eine Abrede, aus der sich dieser Anspruch ergibt, kann demnach der objektive Rechtsgrund für die Bestellung der Sicherheit sein.

Dieser objektive Rechtsgrund, aufgrund dessen die Bank die Grundschild zu beanspruchen hat und nach Erfüllung dieses Anspruchs durch Bestellung der Grundschild diese behalten darf, ist der Sicherungsvertrag²⁾, die - vorgeschaltete - ³⁾ Zweckerklärung, die der Bank den Anspruch gerade auf die Grundschildbestellung gibt⁴⁾.

(b) Ob der Sicherungsvertrag auch der "subjektive Rechtsgrund" für die Bestellung der Grundschild ist, entscheidet nun darüber, ob der Sicherungsvertrag endgültig als Rechtsgrund zugunsten der Bank angesehen werden kann.

Der "subjektive Rechtsgrund" wird bestimmt von dem Zweck, den der Grundstückseigentümer mit der Grundschildbestellung verfolgt: die subjektive Zwecksetzung muß mit dem objektiven Rechtsgrund korrespondieren.

Zu welchem Zweck also wird die Grundschild bestellt?

Sicherlich einmal, um die gegen den Grundstückseigentümer gerichtete Forderung der Bank aus dem Sicherungsvertrag zu erfüllen (Leistung

1) Serick, a. a. O..

2) h. M.; vgl. Huber, S. 88 m. w. N.; Serick, I, S. 57.

3) daß die Zweckerklärung auch nach der Grundschildbestellung erst abgegeben werden kann (und dann die Wirkung einer schriftlichen Konkretisierung eines vorher mündlich oder auch konkludent vor oder bei der Grundschildbestellung - vgl. Huber, S. 89 - geschlossenen Sicherungsvertrages hat) folgt aus dem Zweckerklärungsformular - vgl. Rabel, NJW 53, 1247.

4) Ziff. 19 AGB gibt der Bank lediglich einen allgemein auf Bestellung einer Sicherung gerichteten Anspruch - vgl. RG Z Bd. 135, S. 190 -: Ziff 19 AGB enthält darüber hinaus einen allgemeinen Sicherheitenvertrag und eine allgemeine Zweckerklärung - Scholz, S. 95 -.

solvendi causa). Zum anderen aber auch, um die Forderung der Bank aus dem Grundverhältnis, im Regelfall also die Darlehnsforderung zu sichern. Es kann jedoch wohl nur eine einzige auf die spezielle Leistung bezogene Zwecksetzung geben¹⁾, also nur einen mit der Grundsuldbestellung verfolgten Zweck.

Daß die Grundsuld zu Sicherungszwecken bestellt wird, ist nur auf der Grundlage einer Sicherungszweckvereinbarung möglich. Hingabe zu Sicherungszwecken bedeutet also Hingabe in Vollzug einer Sicherungsvereinbarung. Dieser Vollzug kann aber eben nur dadurch erfolgen, daß die Grundsuld zur Sicherung der Forderung bestellt wird. So gesehen, erscheinen die "verschiedenen" Zwecke, Sicherung und Erfüllung, gleichbedeutend; sie umschreiben denselben Sachverhalt²⁾.

Objektiver Rechtsgrund für die Grundsuldbestellung ist demnach die Verpflichtung aus dem Sicherungsvertrag, subjektive causa ist der Sicherungs-/Erfüllungszweck³⁾.

bb. Damit ist die Frage nach der Rechtsgrundlage des Rückgewähranspruchs für den angesprochenen Fall der nichtigen Sicherungsabrede beantwortet: weil die Sicherungsabrede nichtig, rechtlich also nicht existent ist, kann sie keine Anspruchsgrundlage abgeben.

Anspruchsgrundlage ist vielmehr § 812 BGB, genauer § 812 I 1 BGB⁴⁾, denn wegen der Nichtigkeit der Sicherungsabrede fehlt ein Rechtsgrund für die Grundsuld von Anfang an. (Falsch ist es daher, etwa bei Anfechtung des Sicherungsvertrags die *condictio ob causam finitam* zu geben⁵⁾,

1) Zeiss, AcP Bd. 164, S. 50 ff. (64 ff.); Huber, S. 90.

2) Huber, S. 91.

3) so auch: Serick, I, S. 57 f.; Kramer, S. 37; Dempewolf, NJW 1957, S. 1257; Zeiss, AcP Bd. 164, S. 50 (67); Weber, AcP Bd. 169, S. 237 (240, 242/3).

4) Weber, a. a. O.; S. 242; Komanns, S. 21; Huber, S. 81 m. w. N.; Staudinger-Scherübl, § 1191, Anm. 4a; Scholz, Festschrift Möhring, S. 419.

5) so: Serick, I, S. 62.

da wegen § 142 BGB Nichtigkeit ex tunc eintritt, ein Rechtsgrund somit niemals bestanden hat.)

Darüber hinaus eröffnet § 1169 BGB¹⁾ dem Grundstückseigentümer eine weitere Anspruchsgrundlage auf Rückgewähr der Grundschild: wegen §§ 812, 821 BGB steht der Grundschild eine ihre Geltendmachung auf Dauer ausschließende Einrede entgegen²⁾.

Beide Vorschriften ergeben nun nicht etwa zwei konkurrierende Ansprüche, sondern lediglich zwei auf dasselbe Ergebnis gerichtete Anspruchsgrundlagen, die lediglich rechtlich verschieden qualifiziert sind³⁾: § 812 BGB ist ein schuldrechtlicher, § 1169 ist ein dinglich wirkender Anspruch.

cc. In diesem Zusammenhang ist auf ein Problem hinzuweisen, ohne daß hier in diesem Rahmen eine Lösung versucht werden soll: wenn die Bank, bevor die Nichtigkeit des Sicherungsvertrags aufgedeckt wird, die Grundschild abgetreten hat, worauf ist dann der Bereicherungsanspruch des Eigentümers gerichtet?

Da die Bank die Grundschild selbst nicht herausgeben kann, ist sie grundsätzlich zum Ersatz des objektiven Verkehrswertes⁴⁾ der Grundschild verpflichtet. Fraglich kann dann sein, ob infolge der Abtretung der Grundschild die Bereicherung der Bank entfallen ist, § 818 III BGB, etwa wenn die Bank Grundschild und Forderung abgetreten hat und dafür den Forderungsbetrag erhalten hat: ist dann ein Gegenwert für die Grundschild dem Vermögen der Bank zugeflossen und, wenn das etwa

1) die Vorschrift ist ganz allgemeiner Ansicht nach auf die Grundschild anwendbar; vgl. Palandt-Degenhart, § 1192, Anm. 1.

2) Huber, S. 165 ff. m.w.N.; Kramer, S. 50; Seckelmann, S. 77, 141 m.w.N.; Wolf, S. 353.

3) Huber, S. 168 m.w.N.: ob die von Raiser zur Frage der Anspruchsgrundlagenkonkurrenz von Vertragsanspruch und § 985 BGB vertretene Auffassung auch in diesem Falle Folgen zeitigt, behandelt Huber, a.a.O. mit im übrigen verneinendem Ergebnis.

4) Palandt-Thomas, § 818, Anm. 5c; vgl. Goetzke, Subjektiver Wertbegriff im Bereicherungsrecht?, in: AcP Bd. 173, S. 289 ff. m.w.N..

wegen des höheren Werts einer gesicherten Forderung zu bejahen ist, wie hoch ist dann dieser Grundschild-Gegenwert?

b) Wie ist es nun, wenn die Grundschild zwar auf einem rechtswirksamen Sicherungsvertrag beruht, die gesicherte Forderung jedoch nicht besteht, etwa weil die Bank den versprochenen Kredit nicht auszahlt?

aa. Oben ist dargelegt worden, daß Rechtsgrund für die Bestellung der Grundschild der Sicherungsvertrag ist. Wenn nun die gesicherte Forderung nicht besteht, so ist zunächst zu fragen, ob das Einfluß auf den Bestand des Sicherungsvertrags hat. Denn wenn dieser bestehen bleibt, so stellt er auch weiterhin einen Behaltensgrund bezüglich der Grundschild im oben angeführten Sinne dar¹⁾; der Anspruch aus § 812 I 1,2 1. Alternative BGB entfällt, da ein rechtfertigender Grund für die Vermögensmehrung der Bank vorliegt²⁾.

(a) Nach Auffassung Huber's³⁾ ist der Sicherungsvertrag dann (wegen § 139 BGB) hinfällig, wenn die zu sichernde Forderung nicht entsteht. Denn der Sicherungsvertrag werde solvendi causa auf die Forderung geschlossen, die Grundschild solle - subsidiäres - Erfüllungsmittel für die Forderung sein. Wenn daher die Forderung nicht entstehe, bestehe auch kein Rechtsgrund für den Sicherungsvertragsabschluß.

Richtig ist, daß die sicherungsvertragliche Verpflichtung, die Grundschild zu bestellen, bei Nicht-Entstehen der zu sichernden Forderung

1) Huber, S. 80; besonders deutlich: Weber, AcP Bd. 169, S. 237 (243), der ausdrücklich darauf hinweist, daß objektive causa der Grundschildbestellung der Sicherungsvertrag sei und die Auffassung, bei Nichtbestehen der Forderung entfalle dieser Rechtsgrund, die objektive und die subjektive causa, den Sicherungszweck, gleichsetze.

2) Westermann (S. 567) ist der Auffassung, die Forderung sei "mittelbarer Rechtsgrund" für die Grundschild, diese könne daher über § 812 BGB zurückgefordert werden, wenn die Forderung erloschen sei; man vermißt dabei eine eindeutige klare Abgrenzung zum unmittelbaren Rechtsgrund und eine Begründung und Erklärung für dieses wohl einmalige Phänomen, vgl. Zeiss, AcP Bd. 164, S. 50 (62).

3) Huber, S. 91 ff., (97); ebenso: Serick, I, S. 62 ff..

entfällt. Daraus ist jedoch nicht der Schluß zu ziehen, daß der Sicherungsvertrag entfällt, wenn die Grundschild schon bestellt wurde. Wenn die Interessen des Eigentümers sind auf Fortbestand des Sicherungsvertrags gerichtet: dem Eigentümer ist am Fortbestand der Obhuts- und Erhaltungspflichten - beim Rangrücktritt oder Pfandentlassung¹⁾ - der Bank bezüglich der Grundschild sowie an der Erhaltung eines vertraglichen Rückgewähranspruchs gelegen, da er ansonsten eventuell nur auf eine der Bank verbliebene Bereicherung zurückgreifen könnte²⁾.

Zum anderen ist unklar, von welchem Zeitpunkt an der Sicherungsvertrag erlöschen soll - von Grundschildbestellung an, von Sicherungsvertragsabschluß an, von dem Zeitpunkt an, in dem das Nicht-Entstehen der Forderung feststeht? -, was in dem Zeitraum gilt, in dem die Forderungsentstehung noch möglich ist, und von wann an überhaupt das Nichtentstehen von Forderungen feststeht.

Auch das Nichtentstehen der Forderung führt daher nicht zur Nichtigkeit des Sicherungsvertrags³⁾.

(b) Ob die Sicherung einer (existenten) Forderung ein "mit der Leistung nach dem Inhalt des Rechtsgeschäftes bezweckter Erfolg" im Sinne des § 812 I 2, 2. Altern. BGB ist und demzufolge wegen Nichterreichen dieses (Sicherungszwecks-) Erfolges der rechtliche Grund für die Bereicherung der Bank fehlt⁴⁾, kann dahingestellt bleiben, wenn der Sicherungsvertrag selbst schon eine Bestimmung für diesen Fall enthält. Denn wenn der Vertrag selbst schon für bestimmte Fälle eine Regelung enthält, kann ein mit dieser Regelung identischer Anspruch aus § 812 BGB

1) vgl. Scholz, S. 160.

2) ähnlich: Erman-Westermann, § 1191/2, Anm. 10.

3) ebenso: Scherber, S. 50.

4) nach Esser, Bd. 2, S. 340, m. w. N. und der ihm folgenden h. M. ist das nur der Fall, wenn der verfolgte Zweck allein darin liegt, die Bank zu einem bestimmten Verhalten zu veranlassen.

wegen der grundsätzlichen Exklusivität von Vertrags- und Bereicherungsanspruch, der gerade das Fehlen eines Vertragsanspruchs voraussetzt, nicht gegeben sein¹⁾.

Zu fragen ist demnach, ob der Sicherungsvertrag eine derartige Regelung für den Fall des Nichtentstehens der gesicherten Forderung enthält.

Denn wenn der Zweckwegfall schon Gegenstand, Inhalt einer vertraglichen Abrede ist, die die Folgen dieses Wegfalls regelt, dann kann der Vertrag nicht mit dem Eintritt eben dieses Umstandes hinfällig werden. Insoweit enthalten die §§ 812 ff. BGB lediglich subsidiäres Recht, das die Folgen eines Zweckwegfalls so regelt, wie nach Auffassung des Gesetzgebers die Parteien sie regelmäßig bestimmen würden, wenn sie das ausdrücklich täten, und das daher bei einer ausdrücklichen Regelung nicht anwendbar ist.

Es wird tatsächlich die Auffassung vertreten, der Sicherungsvertrag enthalte regelmäßig die stillschweigende Vereinbarung, daß einerseits der Schuldner nur bei Bestand der Forderung zur Sicherheitenstellung verpflichtet sein solle, andererseits bei Fehlen der gesicherten Forderung die Sicherheit zurückgewährt werden müsse²⁾. In diesem Falle würde der Bestand des

1) so besonders deutlich: Scholz, Festschrift Möhring, S. 419 (421).

2) Komanns, S. 21; Münstermann, S. 23; Lopau, JuS 1972, S. 502 (503); Lent-Schwab, S. 260; Dempewolf, NJW 1957, S. 1257/8; Henseler, AcP Bd. 166, S. 409 (410/1), der die Annahme der stillschweigenden Vereinbarung in § 1223 BGB gestützt sieht; Westermann, S. 574; Seckelmann, S. 139; Scherber, S. 4, 67; Reithmann, NJW 1973, S. 879 (881); Scholz, S. 156, 158/9; dieselbe Konsequenz wird erstaunlicherweise von Huber - vgl. S. 79 und 81 - nicht gezogen: er stellt es als notwendigen Inhalt jedes Sicherungsvertrages dar, daß bei Fortfall der Forderung ein solcher vertraglicher Rückgewähranspruch gegeben sein soll, und schließt für diesen Fall konsequent den Anspruch aus § 812 BGB aus: (verblüffend ist in diesem Zusammenhang auch, daß Huber, S. 182 ff. (185) mit der h. M. den Rückgewähranspruch als schon bei Abschluß des Sicherungsvertrages entstehend bezeichnet, obwohl nach ganz allg. Ansicht - vgl. Palandt-Thomas, § 812, Anm. 6 d - der Anspruch aus § 812 I 2, 2. Altern. BGB erst entsteht, wenn die fehlende Zweckerreichung sicher feststeht; das aber ist ganz sicher im Zeitpunkt des Sicherungsvertragsabschlusses noch nicht der Fall; - vgl. in diesem Zusammenhang Seckelmann, S. 146 ff. - daraus ergibt sich die Inkonsequenz Hubers).

Sicherungsvertrages vom Fehlen der Forderung unberührt bleiben; vielmehr würde dieser selber einen vertraglichen Anspruch auf Rückgewähr geben. In der Tat wird man insbesondere bei Banken, die mit ihrem Kunden ein Treueverhältnis verbindet, das die Bank zur Wahrung der Interessen des Kunden verpflichtet¹⁾, einen solchen Inhalt des Sicherungsvertrages annehmen müssen: wenn es aus irgendeinem Grunde nicht zur Auszahlung des Kredits kommt (dadurch entsteht ja erst der Anspruch der Bank auf Rückzahlung, § 607 BGB, der durch die Grundschild gesichert werden soll), sind beide Parteien darüber einig, daß die Bank die deshalb nicht benötigte Grundschild zurückzugeben hat. Das entspricht so sehr dem Parteiwillen, daß es im Sicherungsvertrag gar nicht ausdrücklich vereinbart wird. Einen Anhaltspunkt für einen dahingehenden Willen insbesondere der Bank liefert Ziff. 19, 7 AGB: dort verspricht die Bank u. a. Sicherheiten zurückzugeben, wenn der Wert des Sicherungsgutes die vereinbarte Sicherungsgrenze nicht unerheblich unterschreitet. Damit ist zwar offensichtlich der Fall gemeint, daß nach Entstehen der Forderung diese nach und nach getilgt wird. Doch ist kein Grund ersichtlich anzunehmen, daß die Bank bei Nichtentstehen der zu sichernden Forderung die Sicherheit zurückhalten will. Auch aus Ziff. 19, 1 AGB kann man dafür einen Anhalt entnehmen: dort ist bestimmt, daß die Bank jederzeit die Bestellung bankmäßiger Sicherheiten für ihre Forderungen gegen den Kunden beanspruchen kann. Wenn aber gar keine Forderung der Bank besteht, entfällt selbstverständlich der durch Vereinbarung der AGB begründete Anspruch der Bank auf Sicherheitenstellung. Soweit diese Sicherheit bereits gestellt ist, der Kunde quasi eine Vorleistung auf diesen Anspruch hin erbracht hat, so sind beide Parteien einig, daß die Bank diese Vorleistung zurückgeben wird, um ihrer Treuepflicht zu genügen. Ein weiterer An-

Forts. Fußn. 2) v. Seite 112

Für den Fall des Nichtentstehens der Forderung aber gibt er den Bereicherungsanspruch, geht dabei also offenbar davon aus, daß der Sicherungsvertrag nicht den Inhalt hat, daß bei Nichtentstehen der Forderung die Grundschild zurückgegeben werden solle. Zweifelnd zu der Frage: Weber, AcP Bd. 169, S. 232.

1) vgl. Präambel der AGB; Scholz, Westschrift Möhring, S. 419 (422) stellt den Rückgewähranspruch daher sogar als "wesensgleich dem Anspruch aus § 667 BGB" hin!

haltspunkt für einen auf Rückgewähr gerichteten vertraglichen Willen der Parteien findet sich in § 1223 BGB, der zwar vom Erlöschen des Prandrechts ausgeht, jedoch die Vermutung des Gesetzes widerspiegelt, daß der Parteiwille dahin geht, daß nach Erlöschen des Sicherungszwecks das Sicherungsmittel zurückgewährt werden solle. Schließlich entspricht es schon dem Begriff der "Sicherung", daß die Grundsuld der Bank nur zur Sicherung, d.h. nur solange ein Sicherheitsbedürfnis besteht, dienen soll, bei Tilgung der Forderungen also zurückgewährt werden soll. Ein weiterer Anhaltspunkt für die Richtigkeit dieser Auffassung, wenn man nicht sogar die ausdrückliche Vereinbarung des Rückgewähranspruchs hierin sehen will, findet sich in Ziff. 19, 7 AGB: Dort ist u.a. eine Rückgewährpflicht der Bank für den Fall geregelt, daß die Bank die Sicherheit nach ihrem billigen Ermessen nicht mehr benötigt. Bei Nichtbestehen der Forderung kann dieses "billige Ermessen" nur dahin ausgeübt werden, daß die Grundsuld zurückgegeben werden muß; man könnte insoweit von einem "gebundenen Ermessen" sprechen.

bb. Der Sicherungsvertrag enthält demnach eine rechtsgeschäftliche Regelung für den Fall des Nicht-Entstehens der gesicherten Forderung.

Welche dogmatische Struktur der Sicherungsvertraginsoweit hat, soll hier nur kurz gestreift werden: der Rückgewähranspruch des Grundsuldbestellers wird teilweise als gegenseitiger Vertrag im Sinne der §§ 320 ff. BGB angesehen, teils lediglich als Nebenpflicht oder zusätzliche selbständige Verpflichtung des Kreditnehmers, teils als gegenseitiger, aber nicht funktionell synallagmatischer Vertrag.

1) so auch Palandt-Degenhart, § 1191, Anm. 3b, cc; Staudinger-Scherübl, § 1191, Anm. 4a; vgl. auch BGH LM § 313 Nr. 14; Serick III, S. 392; Scholz, S. 23; OLG Düsseldorf NJW 1957, S. 1282; Lopau NJW 1972, S. 2253 (2254); Henseler, AcP Bd. 166, S. 209 (410); Scholz, Festschrift Möhring, S. 419 (421); Feuerherdt, BfGenW 1959, S. 223 (236); Justat-Mauer, ZKW 1957, S. 860 (862); Dempewolf, BfGenWR 1956, S. 311; Wolf, S. 353; vgl. JA 1973, ZR S. 34; Pikart, WM 1973, S. 830 (835).

2) vgl. Palandt-Degenhart, § 1191, Anm. 3 a, dd m.w.N.

Richtig wird eine Unterscheidung nach dem Einzelfall sein, insbesondere dann, wenn ein Dritter die Grundschild bestellt. Im Prinzip wird wohl der Ansicht zu folgen sein, die den Sicherungsvertrag als gegenseitigen nicht synallagmatischen Vertrag ansieht, da z. B. in den häufigen Anwendungsfällen der Sicherungsgrundschild, der Sicherung laufender Geschäftsverbindungsansprüche, insbesondere eines Kontokorrentkredites, nicht einmal dem äußeren Bild nach ein Austausch von Grundschild gegen Valuta vorliegt. Auch bei der Sicherung eines festen Darlehens kann man die Grundschild wohl kaum als Entgelt für die Darlehensgewährung ansehen¹⁾. Abzulehnen sind jedenfalls Konstruktionen, die bei Bestellung einer Grundschild gegen Gewährung eines Darlehens einen kaufähnlichen Vertrag annehmen²⁾ und dann über § 445 BGB konsequenterweise zu einem auf § 346 BGB beruhenden Rückgewähranspruch (über §§ 440, 326 BGB) kommen müßten oder doch zumindest einen atypischen Vertrag mit insoweit synallagmatischen Pflichten annehmen³⁾ (und dann unmittelbar zu §§ 326, 346 BGB kommen müßten). Denn Entgelt des Darlehens sind die Zinsen, nicht die Grundschild; ob die Grundschild überhaupt entgeltlich gegeben wird (was sollte in Fällen der Grundschildbestellung durch einen Dritten dessen Entgelt sein?), mag dahinstehen; jedenfalls ist Entgelt der Grundschild nicht das Darlehen⁴⁾ (was ohnehin zur Bejahung eines Synallagmas nicht ausreichen würde, da die Beziehung der Entgeltlichkeit wechselseitig sein muß und Entgelt des Darlehens die Zinsen sind). Zudem setzt ein Kauf- (oder ähnlicher) Vertrag voraus, daß die Kaufsache für immer bei dem Käufer verbleiben soll; das aber ist gerade bei der Grundschildbestellung nicht der Fall.

1) vgl. Huber, S. 94 m.w.N.; Serick, I, S. 61; Scholz, S. 158.

2) OLG Frankfurt NJW 1969, S. 327; selbstverständlich ist die Darlehensgewährung ein Kapitalanlagegeschäft für die Bank, doch ist der Gegenwert der Kapitalanlage die Verzinsung, nicht die Grundschildsicherheit.

3) so wohl: BGH DNot Z 1963, S. 35.

4) vgl. dazu und zu dem Vorstehenden ausführlich: Huber, S. 94, 95 f..

Im Ergebnis ist demnach anzunehmen, daß für den Fall des Nichtentstehens der Forderung die Parteien eine (konkludente) Vereinbarung des Inhalts getroffen haben, daß die Grundsuld zurückzugeben ist¹⁾.

Der Anspruch auf Rückgewähr der Grundsuld besteht im Falle des Nichtentstehens der zu sichernden Forderung lediglich auf der Grundlage des Sicherungsvertrags, nicht aber des § 812 BGB²⁾.

Ebenso wie schon oben gibt auch § 1169 BGB dem Eigentümer eine Anspruchsgrundlage; denn der Sicherungsvertrag enthält zugleich mit dem Anspruch auf Rückgewähr eine Einrede gegen die Geltendmachung der Grundsuld.

c) Was ist Rechtsgrundlage des Rückgewähranspruchs, wenn die gesicherte Forderung zum Teil getilgt wird?

Wenn der Grundsuldbesteller zugleich Kunde der Bank ist, so gibt Ziff. 19, 7 AGB dem Eigentümer den Anspruch auf Rückgewähr eines entsprechenden Teiles der Grundsuld, wenn die Forderung zu einem nicht unerheblichen Teil getilgt ist³⁾.

1) dazu, daß auch die Banken von keinem anderen Inhalt des Sicherungsvertrages ausgehen, s. Bieling, S. 112 (118).

2) so im Ergebnis auch außer den Obengenannten:

Serick II, S. 438; Serick III, S. 392 (mit folgender, allerdings unklarer Aussage: bei Nichtentstehen der Forderung, etwa infolge Nichtigkeit des Vertrags, sei wegen § 139 BGB auch die Sicherungsabrede nichtig, der Rückgewähranspruch ergebe sich also aus § 812 BGB; entstehe jedoch die Forderung, werde aber das Darlehen nicht ausgezahlt, so ergebe sich der Anspruch aus dem Sicherungsvertrag. Daß der Darlehensvertrag nach ganz allgemeiner Ansicht ein Realvertrag ist, vgl. etwa Fikentscher, S. 475, scheint Serick zu übersehen.) Scholz, Festschrift Möhring, S. 419 (421); wohl auch Dempewolf, NJW 1957, S. 1257; Janberg, Bankarch. 1936, S. 323; Müller, KTS 1962, S. 201; Baur, S. 567 für den Fall der Sicherungsübereignung; neuerdings auch: Erman-Westermann, § 1192, Anm. 12.

3) Rüttger, NJW 1959, S. 2147; Dempewolf, S. 43 f.

Ein weiterer Anhaltspunkt dafür ergibt sich aus Ziff. 21, 3 AGB. Dort ist u.a. bestimmt, daß die Bank Grundschulden nur in einer im Verhältnis zur gesicherten Forderung angemessenen Höhe verkaufen darf. Die Bank geht also offensichtlich von der Bestimmbarkeit eines solchen Teiles der Grundschuld aus. In Verbindung mit Ziff. 19, 7 AGB ergibt sich daraus, daß die Bank zur Rückgewähr eines solchen Teiles der Grundschuld verpflichtet ist, den sie selbst bei ungünstigster Prognose unter Berücksichtigung einer Wertrisikomarge nicht mehr zur Sicherheit benötigt¹⁾.

Ebenso wie oben erörtert, enthält der Sicherungsvertrag für diesen Fall eine (stillschweigende) Abrede dahin, daß die Bank die Grundschuld zurückgewähren wird, wenn die Forderung zu einem nicht unerheblichen Teil getilgt ist²⁾. Dasselbe Ergebnis läßt sich aus dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben gewinnen. Denn jedenfalls dann, wenn die Bank den Wert der Grundschuld einigermaßen klar ansehen kann und dieser Wert die Restforderung unverhältnismäßig übersteigt, besteht der Vorwurf des treuwidrigen Zurückhaltens der Grundschuld gegenüber der Bank³⁾. Insoweit steckt nämlich in jedem (fiduziarischen!) Sicherungsvertrag das Verbot des rechtsmißbräuchlichen, gegen Treu und Glauben verstoßenden Handelns; der Rückgewähranspruch beruht auch insoweit auf der Grundlage vertraglicher Pflichten. Verschiedentlich wird auch vertreten, schon das Bestehen einer im Verhältnis zum Wert der Grundschuld nur noch relativ geringen Restforderung der Bank stelle das Behalten der Grundschuld als rechtsmißbräuchlich hin⁴⁾.

Daß auch für diesen Fall § 812 BGB als Anspruchsgrundlage nicht in Betracht kommt, macht folgende Überlegung deutlich: Die Grundschuld wurde auf-

1) vgl. Dempewolf, a.a.O.; Capeller MDR 1953, S. 153 (154).

2) Huber, S. 179 f. m.w.N.; s.auch Janberg, Bankarch. 1936, S. 323; a.A.: RG JW 1912, S. 135.

3) BGH Betrieb 1966, S. 378; LG Ravensburg Sparkasse 1972, S. 26; Henseler, AcP Bd. 166, S. 409 (415); Scholz, Festschrift Möhring, S. 419 (425).

4) HGB-RGRK-Ratz, Anm. 6 zu § 410; Baumbach-Duden, Anm. zu § 421.

grund des Sicherungsvertrags bestellt. Dieser Vertrag ist also ihr Rechtsgrund. Er wird in seinem Rechtsbestand vom teilweisen Erlöschen der Forderung nicht angetastet¹⁾. An diesem Punkte müssen die Vertreter der Auffassung, der Rückgewähranspruch ergebe sich aus § 812 BGB, in Schwierigkeiten geraten: sie müßten nämlich entweder einen Teil-Wegfall des rechtlichen Grundes bzw. eine Teilzweckverfehlung annehmen oder einen Rückgewähranspruch in solchen Fällen verneinen; sie könnten allenfalls noch annehmen, § 812 BGB sei nicht gegeben, das Behalten der Grundschuld sei jedoch ein Verstoß gegen Treu und Glauben und daher entfalle die Möglichkeit der Berufung auf die Existenz eines rechtlichen Grundes²⁾.

Die Grundschuld besteht also mit Rechtsgrund. Ebenso wie schon oben besteht der Rückgewähranspruch auch auf der Grundlage des § 1169 BGB.

d) Für den Fall, daß die Forderung der Bank vollkommen getilgt ist, gilt im Ergebnis nichts anderes als eben gesagt.

Im Ergebnis bleibt daher festzuhalten: Anspruchsgrundlage für den Rückgewähranspruch ist grundsätzlich der Sicherungsvertrag. Nur wenn er ausnahmsweise nichtig ist, ist der Anspruch aus § 812 BGB gegeben. In jedem Fall kann sich der Eigentümer auf die Vorschrift des § 1169 BGB stützen.

3.) Der Teil-Rückgewähranspruch

In den Fällen oben 2.) b), c) und d), S. 110 ff., taucht nun noch gerade bei dem Verhältnis zwischen Banken und Kunden ein Sonderproblem auf:

1) für diesen Fall auch: Huber, S. 180.

2) Eine Andeutung dafür findet sich in OLG Köln OLG Z 1969, S. 420: das Gericht sieht als Rückgewähranspruchsgrundlage § 812 BGB an und bezeichnet zugleich einen zeitweisen Wegfall der Forderung als bei Kontokorrentkrediten naturgemäß und nicht den Rückgewähranspruch auslösend. Bei anderen als Kontokorrentkrediten sieht das Gericht offensichtlich einen Teil-Rückgewähranspruch auf der Basis des § 812 BGB für möglich an; eine nähere Begründung für diese Ansicht fehlt jedoch.

a) Wann denn kann von Nichtvautionierung, teilweiser oder vollkommener Tilgung der Forderung die Rede sein, wenn die Zweckerklärung die Grundsuld als zur Sicherung aller gegenwärtigen und zukünftigen Forderungen der Bank dienend bestimmt?

Es ist dies das Problem der Fälligkeit bzw. Durchsetzbarkeit des Rückgewähranspruches¹⁾. Eines erscheint schon auf den ersten Blick unbestreitbar: die Grundsuld des Sicherungsgebers ist wegen dieser Klausel nicht auf immer und ewig in den Händen der Bank. Die Antwort auf die Frage ergibt sich vielmehr aus der Formulierung 'zukünftige Forderungen der Bank aus der bankmäßigen Geschäftsverbindung'. Aus der oben gegebenen Bestimmung dieses Begriffs²⁾ läßt sich Anfang und Ende der Geschäftsverbindung ableiten: die Geschäftsverbindung beginnt mit der Willensübereinstimmung von Bank und Kunden, fortgesetzt miteinander bankmäßige Geschäfte zu tätigen und endet dementsprechend mit der Erklärung des Willens auch nur eines Vertragspartners, keine bankmäßigen Geschäfte mehr mit dem anderen zu tätigen. Damit nämlich wird die anfängliche Willensübereinstimmung beendet. Das Recht zur Erklärung dieses Willens steht grundsätzlich jeder der Vertragsparteien zu, vgl. Ziff. 17 AGB. Ausgeschlossen ist dieses Recht nur dann, wenn bei der Aufnahme oder während der Geschäftsverbindung eine Kündigungsfrist für diese vereinbart wurde oder wenn die Geschäftsverbindung von Anfang an für bestimmte Zeit fest eingegangen ist³⁾. Auch in diesen Fäl-

1) Jedenfalls wenn man der zutreffenden Ansicht folgt, die den Rückgewähranspruch als schon mit Abschluß des Sicherungsvertrages entstehenden Anspruch auffaßt (vgl. Huber, S. 182 ff. m.w.N.; für die hier anstehende Frage ist es unerheblich, ob man mit Huber a.a.O. den Rückgewähranspruch als erst bei Eintritt seiner oben erörterten Voraussetzungen fällig werdend ansieht, oder mit der wohl h.M. davon ausgeht, daß der Eintritt dieser Voraussetzungen eine aufschiebende Bedingung für die Durchsetzbarkeit des Rückgewähranspruches ist); folgt man der abweichenden Auffassung (Hoche, DNotZ 1958, S. 386; Werbe-lauer, NJW 1958, S. 1705), handelt es sich hier um ein Problem der Entstehung des Rückgewähranspruches. Zu den Konsequenzen, die sich für diese Frage aus der Einordnung der Grundlage des Rückgewähranspruches ergeben, sehr deutlich: Seckelmann, S. 146. Ausführlicher

2) s. oben, S. 8.

unten S. 143 ff.

3) Schütz, BFB, S. 20 m.w.N..

len ist die jederzeitige Kündigungsmöglichkeit aus wichtigem Grund für beide Parteien gegeben¹⁾.

Nach einer solchen Beendigung der Geschäftsverbindung werden nach Ziff. 18 AGB alle gegenseitigen Ansprüche fällig. Die Sicherheiten haften demnach solange, bis alle diese Verbindlichkeiten der Bank gegenüber getilgt sind²⁾, insbesondere bis bei Kontokorrentkrediten das eventuell der Bank zustehende Schlußguthaben beglichen ist³⁾.

Es läßt sich demnach grundsätzlich⁴⁾ sagen: der Rückgewähranspruch wird bei Haftung der Grundsuld für alle gegenwärtigen und zukünftigen Ansprüche aus bankmäßiger Geschäftsverbindung erst durchsetzbar, wenn eben diese Geschäftsverbindung endgültig beendet ist und eventuelle Forderungen beglichen sind⁵⁾. Denn vorher können aus der (fortgesetzten) Geschäftsverbindung jederzeit weitere Forderungen der Bank entstehen, die nach einer Teil-Rückgewähr u.U. ungesichert wären⁶⁾. Dabei ist darauf hinzuweisen, daß die einmal erfolgte Beendigung der Geschäftsverbindung die Grundsuldhaftung fixiert; spätere Wiederaufnahme der Geschäftsverbindung führt nicht zur Haftung der Grundsuld auch für im weiteren Verlauf entstehende Forderungen⁷⁾.

1) vgl. Ziff. 17 AGB und Schütz, a. a. O.

2) Huber, S. 177 m. w. N.

3) Daraus ergibt sich zugleich, daß bei der Sicherung von Kontokorrentkrediten der Rückgewähranspruch keinesfalls schon dann fällig wird, wenn der Saldo zeitweilig ausgeglichen ist oder gar ein Guthaben des Kunden ausweist. Es gehört nämlich zum Wesen des Kontokorrents, daß die gesicherten Forderungen in der Höhe schwanken und sogar ganz entfallen können, andererseits aber jederzeit neue Forderungen aufleben können. Die Grundsuld überdauert in diesen Fällen demnach eine zeitweilige Nichtvalutierung der Grundsuld - vgl. dazu: Huber, a. a. O.; OLG Köln, OLG Z 1969, S. 419 ff.

4) über eine eventuelle Ausnahme: s. Huber, S. 178.

5) Huber, a. a. O.; Scholz, S. 159.

6) ebenso: Capeller, MDR 1953, S. 153.

7) BGH MDR 1970, S. 39.

Ein Teil-Rückgewähranspruch ist also dann durchzusetzen, wenn die Verbindlichkeiten infolge Beendigung der Geschäftsverbindung fixiert sind und der Wert der Sicherheit die so fixierten Forderungen nicht unerheblich übersteigt¹⁾. Ein Teil-Rückgewähranspruch ist jedoch auch dann durchsetzbar, wenn erkennbar außer den noch bestehenden Forderungen keine weiteren Forderungen der Bank mehr entstehen können, wenn also die Geschäftsverbindung nur noch der Abwicklung, der Tilgung bestehender Forderungen dient. Denn in diesem Fall ist keinerlei Interesse der Bank an einem Behalt der ganzen Grundschild mehr ersichtlich. Das gilt, soweit die Bank die Grundschild zur Sicherung der bestehenden Forderungen benötigt, d.h. inklusive einer sog. Sicherheits-Risiko-Marge, die etwa bei 10 bis 15 % liegen dürfte²⁾.

b) Fraglich ist, wann eine (Teil)-Rückgewähr durchgesetzt werden kann, wenn die Grundschild als zur Sicherung aller Forderungen der Bank "aus jedem Rechtsgrund" dienend bestimmt ist.

Man könnte hierbei der Auffassung sein, auch nach Beendigung der Geschäftsverbindung könne die Bank noch Forderungen gegen den Kunden erwerben, daher sei eine Teil-Rückgewähr in diesem Zeitpunkt noch nicht erforderlich. Das würde jedoch weder dem Willen der Bank noch dem des Eigentümers gerecht. Beide gehen grundsätzlich von der Sicherung der Bank für die Zeit der Geschäftsverbindung aus. Nur wenn an deren Ende erkennbar noch Forderungen der Bank entstehen können, will und soll die Bank die Grundschild behalten dürfen, soweit das zur Sicherung der erkennbar möglicherweise entstehenden Forderungen nötig ist.

Fraglich ist auch, ob bei derartiger Formulierung der Zweckerklärung nicht schon vor Ende der Geschäftsverbindung eine (Teil-)Rückgewähr

1) Dempewolf, Diss. S. 42; Huber, S. 180; a.A: Scholz, S. 159.

2) zu den Fragen, die bei der Bestimmung des Ranges der rückgewährten und bestehen bleibenden Teile der Grundschild entstehen, siehe Dempewolf, NJW 1959, S. 2148 ff., der richtigerweise § 1176 BGB analog anwenden will.

der Grundschild durchgesetzt werden kann. Dafür ließe sich anführen, wenn global alle Forderungen gesichert sein sollen, dann könnten nur tatsächlich existente Forderungen als gesichert angesehen werden; wenn solche nicht bestünden oder die Grundschildsumme nicht unbeträchtlich unterschritten, müßte daher eine (Teil-)Rückgewähr erfolgen. Davon wird man mit einer Einschränkung tatsächlich als dem Willen der Parteien entsprechend ausgehen müssen; denn wenn die Bank selbst nicht auf die Geschäftsverbindung abgestellt wissen will, bringt sie damit zum Ausdruck, daß deren Bestehen allein (ohne Existenz von Forderungen gegenüber dem Schuldner) für den Behalt der Grundschild nicht entscheidend sein soll. Eine Einschränkung allerdings muß dabei gemacht werden: Soweit erkennbar noch weitere, konkret bestimmbare, aus konkret ersichtlichen Geschäften stammende Forderungen der Bank entstehen können, müssen diese als durch die Grundschild gesichert angesehen werden. Soweit also weder Forderungen bestehen noch ein Entstehen von Forderungen konkret in Aussicht steht, muß die Grundschild (teil-)rückgewährt werden¹⁾.

4.) Refinanzierung und Rückgewähranspruch

Ein Sonderproblem sei hier kurz angedeutet: Insbesondere im Rahmen umfangreicher, hoher Kredite kommt es vor, daß die vorgehende Bank nicht über genügend eigene Liquiditätsreserven verfügt und sich daher von einer anderen Bank (im folgenden Bank II genannt) refinanzieren läßt. Die Grundschildbestellung von Seiten des Kunden kann dabei direkt an Bank II vorgenommen werden, ebensogut aber auch an seine Bank, die diese dann an Bank II weiterüberträgt²⁾.

Von wem kann dann der Grundschildbesteller die Rückgewähr verlangen?

Wenn die Grundschild an die Bank des Sicherungsgebers gegeben wurde,

1) vgl. Capeller MDR 1953, S. 152; Scholz, S. 159.

2) vgl. Mauer, ZKW 1969, S. 1028; hier soll nicht auf Fragen der Abtretbarkeit der Grundschild eingegangen werden.

so hat der Sicherungsgeber einen Sicherungsvertrag nur mit dieser Bank geschlossen. Sein vertraglicher Rückgewähranspruch kann sich daher nur gegen diese richten¹⁾.

Ebenso ist es, wenn die Grundschild direkt der Bank II bestellt wurde; denn in diesem Fall kommt nicht etwa ein Sicherungsvertrag mit der Bank II zustande, sondern der Grundstückseigentümer erbringt mit der Bestellung der Grundschild eine Leistung an seine Bank zur Erfüllung des mit dieser geschlossenen Sicherungsvertrages; zugleich erfüllt er dabei deren Verpflichtung zur Grundschildübertragung aus dem Refinanzierungsvertrag mit Bank II, schließt aber nicht selbst einen Sicherungsvertrag mit dieser.

Aus dem eben Gesagten folgt die Lösung der Frage für den Fall der nichtigen Sicherungsabrede: Es liegt ein Fall mittelbarer Leistung vor. Dabei aber kann Rückabwicklung nur im Rahmen der jeweiligen (unmittelbaren) Leistungsbeziehung erfolgen²⁾. Diese aber besteht nur zwischen Grundschildbesteller und seiner Bank.

Falls dabei die Grundschild an die Bank bestellt wurde, so ist es ebenso - wie schon oben - klar, daß die Rückgewähr nur von dieser verlangt werden kann³⁾.

1) Justat-Mauer, ZKW 1957, S. 860; Mauer, ZKW 1969, S. 1028; Serick III, S. 436.

2) vgl. Lorenz, JuS 1968, S. 441 m.w.N.; wie hier Serick, a.a.O.

3) vgl. zu dem ganzen Fragenkomplex: Serick III, S. 436 und Mauer, a.a.O.

II. Rechtsnatur und Inhalt des Rückgewährschuldverhältnisses

=====

Nunmehr ist zu fragen, in welcher Weise aufgrund der genannten Anspruchsgrundlagen die Rückgewähr durchgeführt werden kann. Falls mehrere Möglichkeiten bestehen, ist zu untersuchen, welcher der Beteiligten über die Art der Rückgewähr zu entscheiden hat.

1.) Grundsätzliche Rückgewähr-Arten

Für die Rückgewähr der Grundsuld bieten sich nach Sinn und Zweck der Rückgewähr - die Bank soll die Grundsuld verlieren, der Eigentümer die Verfügungsgewalt darüber erhalten¹⁾ - drei verschiedene Möglichkeiten an: Am nächsten liegt es, daß die Bank die Grundsuld an den Eigentümer abtritt. Der Eigentümer erhält dann materiellrechtlich eine Eigentümergrundsuld und kann über diese verfügen (Übertragung). Weiter ist an eine Verzichtserklärung der Bank hinsichtlich der Grundsuld zu denken. Diese würde dadurch Eigentümergrundsuld (§§1169, 1168 BGB) und der Eigentümer hätte die Verfügungsgewalt darüber (Verzicht). Als dritte Möglichkeit bietet sich die Aufhebung an. Die Bank bewilligt dabei die Aufhebung der Grundsuld, der Eigentümer stimmt dem zu und das Grundbuchamt löscht die Grundsuld, §§1183, 875 BGB (Löschung, Aufhebung).

Bei der letzten Möglichkeit scheint es daran zu fehlen, daß zum Verlust der Bank ein Gewinn an Verfügungsmacht auf Seiten des Eigentümers hinzutritt. Doch wird durch die Löschung der Grundsuld, sofern diese die einzige Belastung des Grundbuchs war, das Grundstück lastenfrei und steht damit dem Eigentümer wieder voll für Beleihungen zur Verfügung, der status quo ist also wiederhergestellt. Sofern andere Rechte im Rang der Grundsuld nachgingen, rücken diese jeweils auf. Auch hier fehlt es nur scheinbar an Zuwachs an Verfügungsbefugnis, denn die Löschung bewirkt einmal, sofern sie vom Eigentümer gewollt war, lediglich den Wegfall eines unnötigen Umwegs über Verzicht bzw. Rückübertragung und anschließender Löschung nach §§ 875, 1183 BGB; der status quo ist insoweit wiederhergestellt, als diese nach-

1) vgl. Scholz, Festschrift Möhring, S. 419, der Rückgewähr in Anlehnung an §§ 346 BGB, 37 KO als "Wiederherstellung des status quo", als "Entsicherung" bezeichnet.

folgenden Rechte ohne Existenz der Grundschild im Zweifel von vornherein jeweils einen Rang "höher" bestellt worden wären¹⁾. Zum andern bewirkt die Löschung, sofern von der Bank nach ihrem Willen vorgenommen, durch das Aufrücken nachrangiger Belastungen eine neue Verfügbarkeit über das Grundstück hinsichtlich des bis dahin letzten Rangs²⁾.

Fraglich ist lediglich, ob alle oben als möglich genannten Grundlagen des Rückgewähranspruchs, §§ 1169 und 812 BGB sowie der Sicherungsvertrag, auf alle drei eben genannten Arten erfüllt werden können und damit einen Anspruch auf die se begründen.

2.) Sicherungsvertraglicher Rückgewähranspruch

Der Sicherungsvertrag enthält - stillschweigend oder jedenfalls mündlich ausdrücklich - lediglich eine allgemeine "Rückgewähr"-Pflicht. Diese Rückgewähr-Pflicht kann daher auf alle drei Arten der Rückgewähr erfüllt werden. Nur dann, wenn besondere Umstände und Anhaltspunkte vorliegen, kann eine Beschränkung auf eine oder zwei Möglichkeiten der Rückgewähr angenommen werden. Diese besonderen Anhaltspunkte liegen insbesondere bei den Formularen der Bausparkassen vor (Schwäbisch Hall, Leonberger, Wüstenrot: lediglich Verzicht oder Löschung).

1) a.A. Hagemann, ZBlfG, 1922, S. 361 ff., der das Grundstück als abstrakte Summe einzelner Werte und die Grundschildbestellung als Hingabe eines Wertteils in abstracto betrachtet und demzufolge unter einer Rückgewähr nur die Rückbeschaffung eines dem durch Rang und Höhe bestimmten Grundschildwert entsprechenden abstrakten Grundschildteils in Form einer entsprechenden Eigentümergrundschild versteht, den Rückgewähranspruch also auf Rückübertragung und Verzicht beschränkt. Diese Auffassung beruht jedoch auf einer Überbetonung des abstrakten Wertcharakters der Grundschild und des der Grundschildhingabe innewohnenden "Verkaufs"-Charakters, denn Sicherung bedeutet gerade nicht Verkauf, da von Anfang an keine endgültige Übertragung gewollt ist, die rückgängig zu machen wäre.

2) im Ergebnis abweichend: Seckelmann, S. 141, der allerdings die Rechtsprechung und Literatur zum Teil mißzuverstehen scheint; wie hier: Serick III, S. 312; vgl. zu allem auch Scholz, S. 173, 365.

Fraglich erscheint, ob diese Einschränkung der Erfüllungsmöglichkeiten des Rückgewähranspruches wirksam ist. Denn an sich ist dem Eigentümer der Übertragungsanspruch der wichtigste, der in erster Linie gewollte¹⁾. Nur die Übertragung führt in allen Fällen - man denke etwa an vorübergehende Übertragung des Grundstückseigentums: der Eigentümer, der die Grundsschuld bestellt hat, erhält nichts zurück, wenn Verzicht oder Löschung ausgeübt werden - zur vollständigen Wiederherstellung des früheren Zustandes, zur echten Rückgewähr im oben genannten Sinne. Diese Möglichkeit wird dem Eigentümer in den genannten Formularen genommen. Der Umstand, daß bei Beschränkung des Rückgewähranspruchs auf Verzicht und/oder Löschung ein bisher nicht grundbuchlich gesicherter Gläubiger den Rückgewähranspruch als Sicherheit kaum akzeptieren wird²⁾, hat wenig Bedeutung, da der Rückgewähranspruch allein wenig Sicherungswert hat; denn Voraussetzung seiner Durchsetzbarkeit ist die Zahlung der gesicherten Forderung, also die Zahlungsfähigkeit des Schuldners, derselbe Umstand, gegen dessen Fehlen der Gläubiger sich gerade sichern will.

Interessen der Bank jedoch werden von der Art der Rückgewähr kaum berührt³⁾. Die Kosten der Rückgewähr trägt sowieso nach nahezu allen Formularen der Eigentümer, da er "die Kosten dieser Urkunde und ihres Vollzugs"⁴⁾ trägt. Soweit diese Bestimmung nicht getroffen ist oder man den z. T. recht unbestimmten Formulierungen diesen Inhalt nicht entnehmen will, so kann man zwar aus Ziff. 22 AGB keine Kostentragungspflicht des Eigentümers entnehmen, da er - sofern die AGB im Verhält-

1) vgl. Huber, S. 169, 170.

2) vgl. unten, Kap. V, 2.

3) Huber, S. 170, meint, sie spielten überhaupt keine Rolle.

4) (so das Volksbanken-Formular (Nr. 11); in ähnlichen Formulierungen die Formulare der Deutschen Bank (Nr. 7), der Sparkassen (Nr. 9), der Leonberger Bausparkasse (Nr. 14), der Bausparkasse Gemeinschaft der Freunde Wüstenrot (Nr. 13), der Bausparkasse Schwäbisch Hall (Nr. 12), der Dresdner Bank (Nr. 5).

nis zu ihm überhaupt gelten - danach lediglich die Kosten der "Bestellung, Verwaltung und Verwertung" der Sicherheiten zu tragen hat, wozu die Rückgewähr nicht zählt. Doch wird man den Rechtsgedanken des § 449 BGB entsprechend heranzuziehen haben: diese Vorschrift zieht daraus, daß im Regelfall die Kosten des Erwerbs eines Grundstücksrechts nicht im Kaufpreis enthalten sind, die Konsequenz, daß der Käufer diese Kosten zu tragen hat. Das gilt nur, wenn der Rechtserwerb endgültig sein soll¹⁾. Das ist bei der Rückgewähr der Fall. Bei der Grundsuld sind die Rückgewährkosten im Zweifel ebenfalls nicht in Kredit- oder sonstigen Kosten enthalten. Daher hat diese im Zweifel der Eigentümer zu tragen.

Interessen der Bank werden allenfalls insoweit berührt, als Verzicht und Löschung für die Bank verwaltungstechnisch einfacher zu handhaben sind. Bei ihnen ist lediglich eine einfache Erklärung des Verzichts bzw. Bewilligung der Löschung erforderlich. Beide Erklärungen können gegenüber dem Grundbuchamt abgegeben werden, §§ 1168 II, 1183 S. 2 BGB, auf diese beiden Arten kann die Rückgewähr daher unabhängig von eventuellen Zweifeln über den Inhaber des Rückgewähranspruchs erfolgen. Bei der Übertragung dagegen sind Einigung (und Briefübergabe) und schriftliche Abtretungserklärung erforderlich. Weiterhin sind möglicherweise Interessen von mit der Bank kooperierenden, nachrangigen anderen Gläubigern berührt, für die bei der Grundsuld eine Löschungsvormerkung eingetragen ist. Wird die Grundsuld durch Verzicht oder Löschung rückgewährt, rücken sie entweder automatisch auf (Löschung) oder auf dem Umweg über die Löschungsvormerkung, die bei Entstehen einer Eigentümergrundsuld (Verzicht) zum Tragen kommt. Wird dagegen die Grundsuld durch Übertragung auf einen eventuellen Zessionar des Rückgewähranspruchs erfüllt, erhalten sie keinen Zuwachs an Rechten. Die Rücksichtnahme auf diese Gläubiger ist ein anzuerkennendes Interesse der Bank. Schließlich kommt noch ein Interesse der Bank in Betracht,

1) vgl. Scherber, S. 61.

eine eventuelle, für sie aus einer fehlerhaften Revalutierung entstehende Schadensersatzpflicht zu vermeiden¹⁾; diese könnte dadurch entstehen, daß ein auf Verzicht und/oder Lösungsanspruch beschränkter Rückgewähranspruch nur selten von anderen Kreditgebern des Eigentümers als - verstärkende - Sicherheit akzeptiert werden wird und diesem insofern ein Schaden aus nicht erhaltenem Kredit erwachsen könnte.

Sprechen so auch nur wenige Gründe für ein schützenswertes Interesse der Bank an dieser Einschränkung des Rückgewähranspruchs, so muß doch beachtet werden, daß die Formulare zwar vom mächtigeren Vertragspartner erstellt werden, aber von sittenwidrigem wirtschaftlichen Machtdruck wohl nicht die Rede sein kann. Der Eigentümer wird nicht unzumutbar in seiner wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit eingeschränkt, wenn er außerstande gesetzt wird, eine Löschungsvormerkung eines nachrangigen Gläubigers zu unterlaufen bzw. deren Aufrücken, Bessergestellten zu verhindern.

Daß ihm die Möglichkeit genommen wird, eine Grundsuld ständig zur Kreditaufnahme zu verwenden und erstrangig zu halten (was ihm bei der Hypothek nicht möglich wäre) ist nicht unzumutbar.

Die Einschränkung des sicherungsvertraglichen Rückgewähranspruchs ist zulässig, wirksam.

3.) Anspruch aus § 812 BGB

Der Anspruch aus § 812 BGB beinhaltet grundsätzlich den Anspruch auf Herausgabe des Erlangten in Natur, § 812 I BGB. Nur wenn das nicht möglich ist, tritt an Stelle des Erlangten dessen Wert, § 812 II BGB. Daraus ist zu schließen, daß in erster Linie "Herausgabe" der Grundsuld geschuldet wird. Wie diese Herausgabe zu erfolgen hat, regelt § 812 BGB nicht. Er will wohl vordergründig die Herausgabe von Sachen regeln, trifft daher den vorliegenden Fall nicht ganz. Jedoch ist anerkannt, daß z. B. bei beweglichen Sachen nach Eigentumsübertragung die Herausgabepflicht durch Eigentumsrückübertragung auch in den Formen der

1) vgl. Scholz, Festschrift Möhring, S. 419 (427).

§§ 930, 931 BGB¹⁾ und bei Grundstücksrechten nach deren Bestellung in der jeweils vorgeschriebenen Form²⁾ erfüllt werden kann. Hier wird man als Gegenstück der "Hingabe" der Grundschuld - wie bei dem sicherungsvertraglichen Rückgewähranspruch - annehmen müssen, daß in erster Linie die Übertragung der Grundschuld als zur vollständigen Wiederherstellung des früheren Zustands führende Rückgewährart geschuldet wird. Eine sicherungsvertragliche Einschränkung der Rückgewährmöglichkeiten kommt hier nicht zum Tragen. Denn der Sicherungsvertrag ist, wenn § 812 BGB als Anspruchsgrundlage in Frage kommen soll, gerade nichtig, erzeugt also keinerlei Rechtswirkungen. Auch eine aus ihm abzuleitende Verpflichtung, nach Treu und Glauben solche Inhalte weitestgehend zu wahren, kann nicht angenommen werden. Dagegen spricht schon, daß eine solche Einschränkung besonderer Umstände bedarf und bei Behandlung des Sicherungsvertrags als nichtig, als nie existent, solche besonderen Umstände eben nicht vorliegen.

4.) Anspruch aus § 1169 BGB

a) Der Anspruch auf Rückgewähr aus § 1169 BGB erscheint auf den ersten Blick enger: Nach dieser Vorschrift kann der Eigentümer Verzicht verlangen, wenn die Grundschuld einredebehaftet ist. Bei genauerer Betrachtung erscheint jedoch die Aufhebung der Grundschuld als ein dem Verzicht wesensgleiches, bloßes Minus und der Anspruch auf Aufhebung daher im Verzichtsanspruch enthalten; denn die Löschung enthält keine Be-

1) Palandt-Thomas, § 818, Anm. 2 b.

2) Palandt, a. a. O.

schwer für den Grundschuldgläubiger, und ein Urteil auf Abgabe einer Verzichtserklärung ersetzt sowohl Löschungsbewilligung wie Verzicht, § 894 ZPO¹⁾. Übertragung auf den Eigentümer dagegen scheint nicht geschuldet. Insofern ist zu bedenken, daß § 1169 BGB zunächst nur eine Regelung für die Hypothek trifft und insoweit auf der Akzessorietät der Hypothek basiert. Wenn die Hypothek einredebehaftet ist, so bedeutet das nicht zugleich, daß die zugrundeliegende Forderung einredebehaftet wäre. Die Übertragung der Hypothek kann jedoch nach §§ 1153, 1154 BGB nur durch Übertragung dieser Forderung vorgenommen werden. Übertragung der Hypothek bei Bestehen der Einrede gegen diese würde also in vollem Umfang Übertragung einer u.U. nicht einredebehafteten, dem Gläubiger zustehenden Forderung bedeuten. Darauf jedoch kann der Eigentümer keinen Anspruch haben. Insofern ist die Regel des § 1169 BGB für die Hypothek derartig eng. Diese Erwägungen gelten für die Grundschuld nicht. Sie kann unabhängig von der Forderung abgetreten werden; sie hat bei Übertragung auf den Eigentümer dieselben materiellrechtlichen Folgen wie der Verzicht: es entsteht eine Eigentümergrundschuld. Der Unterschied zwischen Übertragung und Verzicht ist rein rechtstechnischer Natur und ohne materiellrechtlich wirksame Folgen²⁾.

Gegen ein solches Ergebnis, daß in § 1169 BGB ebenfalls alle drei Erfüllungsmöglichkeiten enthalten sind, könnte die Überlegung sprechen, daß der Gesetzgeber die Regelung des § 1169 BGB unter Auswechslung der Begriffe Hypothek und Grundschuld wörtlich aus dem zunächst allein ausführlich geregelten grundschuldrechtlichen Teil des BGB übernommen hat³⁾, also offenbar bei Bestehen einer Einrede gegen die Grundschuld lediglich den Verzichtanspruch gewähren wollte. Man wird annehmen können, daß die dann Gesetz gewordene Fassung, mit der für die Handhabung der Grundschuld auf die hypothekenrechtlichen Vorschriften ver-

1) RG Z Bd. 91, S. 218 (226); Huber, S. 170 m.w.N.

2) so ebenfalls: Huber, S. 170 (171).

3) § 1142 p des Entwurfs, abgedruckt u.a. bei Planck, § 1192, Anm. 3.

wiesen wurde, dem Eigentümer nicht mehr Rechte einräumen wollte, als ihm nach dem Entwurf zustanden. Doch scheint diese Erwägung das oben gefundene Ergebnis der dinglichen Absicherung des Rückgewähranspruchs mit allen drei Erfüllungsformen nicht zu Fall bringen zu können. Aus der alten Regelung läßt sich keineswegs herleiten, daß dem Eigentümer nur der Verzichtsanspruch zustehen sollte und kein Übertragungsanspruch. Ebenso gut kann man diese Regelung als einzige, dem Eigentümer ausdrücklich ein dingliches (!) Rückgewährrecht gewährenden Vorschrift auffassen, die die als selbstverständlich vorausgesetzte Lösungs- und Übertragungsmöglichkeit umfassen sollte, wie dieses bezüglich der Lösungsmöglichkeit allgemeine Auffassung ist.

b) Fraglich ist weiter, ob ein sicherungsvertraglicher Ausschluß der Rückübertragungsmöglichkeit auch auf den dinglichen Anspruch aus § 1169 BGB einwirkt. Man wird dabei differenzierend vorgehen müssen:

aa) Im Fall des nichtigen Sicherungsvertrags, in dem der aus § 812 BGB folgende Rückgewähranspruch nicht eingeschränkt ist, wird man auch keine Auswirkungen der nichtigen Abrede auf den Anspruch aus § 1169 BGB annehmen können.

bb) Anders könnte es in den Fällen des wirksamen Sicherungsvertrags aussehen. Dabei ist folgendes zu bedenken: wenn z. B. ein Kaufvertrag unter einer auflösenden Bedingung geschlossen wird, die Übereignung unter derselben Bedingung erfolgt und für den Fall des Eintritts der Bedingung die Rückgabe an den Verkäufer zunächst ausschließlich durch Einräumung des mittelbaren Besitzes erfolgen soll, so steht - jedenfalls nach der herrschenden Auffassung¹⁾ - dem Eigentümer neben dem Herausgabeanspruch aus Vertrag der Anspruch aus § 985 BGB zu. Der Vertragsanspruch geht auf Einräumung des mittelbaren Besitzes, der Anspruch aus § 985 BGB grundsätzlich auf Herausgabe, d. h. Besitzeinräumung allgemein.

1) vgl. Huber, S. 166/7 m. w. N. auch der a. A.

In diesem Fall wird man mit der herrschenden Auffassung¹⁾ den vertraglichen Abwicklungsanspruch als speziellen dem gesetzlichen Anspruch vorgehen, zumindest diesen modifizieren lassen müssen, d.h. der Anspruch aus § 985 BGB ist nur auf das gerichtet, was auch mit dem vertraglichen Anspruch zu erreichen ist, nämlich Einräumung des mittelbaren Besitzes. Auf unseren Fall übertragen heißt das: der Anspruch aus § 1169 BGB und der aus dem Sicherungsvertrag stehen in einer derartigen Verbindung, daß eine Einschränkung des Sicherungsvertrages zugleich eine Einschränkung des Anspruchs aus § 1169 BGB bedeutet. Der Anspruch aus § 1169 BGB wird nicht durch den vertraglichen verdrängt, sondern modifiziert. Er ist nur auf dieselbe Rechtsfolge gerichtet, die auch der Sicherungsvertrag gibt.

1) vgl. Palandt-Degenhart, vor § 987, Anm. 1 b.

5.) Wahlschuldverhältnis

Vielfach wird der Rückgewähranspruch angesichts der Tatsache, daß er in den oben geschilderten drei Arten erfüllt werden kann, als Wahlschuldverhältnis bezeichnet¹⁾. Die Vertreter dieser Auffassung argumentieren wie folgt²⁾: Die Bewirkung einer der drei Leistungsmöglichkeiten des Rückgewähranspruchs erschöpfe die Rückgewährpflicht der Bank. Daraus folge umgekehrt, daß der Eigentümer berechtigt sei, zu wählen, auf welche der drei Arten er den Rückgewähranspruch erfüllt wissen wolle. Es handele sich also um ein Wahlschuldverhältnis mit Wahlrecht des Eigentümers, § 262 BGB. Die Vermutung des § 262 BGB, im Zweifel stehe dem Schuldner das Wahlrecht zu, sei durchbrochen. Denn aus den Umständen, insbesondere aus den Interessen des Eigentümers, dem durch die Wahlmöglichkeiten am meisten gedient werde, sowie aus der Verkehrssitte sei eine stillschweigende Bestimmung über das Wahlrecht des Eigentümers zu entnehmen³⁾. Denn geschuldet seien dem Eigentümer alle drei Leistungen, zu erhalten habe er aber nur eine, die er sich aussuchen könne. Die Wahl erfolge nach § 263 BGB durch Erklärung gegenüber der Bank. Von diesem Augenblick an habe die Bank nur noch diese gewählte Leistung zur Erfüllung des Rückgewähranspruchs zu erbringen, da nach § 263 II BGB die gewählte Leistung nach der erfolgten Wahl als die von Anfang an allein geschuldete gelte⁴⁾. Dabei werde auch der Zeitpunkt der endgültigen Wahl durch den Eigentümer bestimmt: So könne er wahlweise

1) grundlegend: Komanns, S. 22, dem andere mit z.T. wörtl. Wiederholung seiner Argumentation (Dempewolf, S. 5) folgen (vgl. Huber, S. 172 und Seckelmann, S. 142 f. m.w.N., Staudinger-Scherübl, § 1191, Anm. 6 c).

2) Komanns, a.a.O.

3) so ausdrücklich Seckelmann, a.a.O., der in den Zweckerklärungsformularen diese Auffassung bestätigt sehen will.

4) so besonders deutlich: Seckelmann, a.a.O.

auf alle drei Leistungen klagen und die endgültige Wahl erst in der Zwangsvollstreckung treffen.

Es erscheint fraglich, ob diese Auffassung zutrifft¹⁾.

a) Es ist fraglich, ob der Rückgewähranspruch schon aus dogmatischen Überlegungen ein Wahlschuldverhältnis im Sinne der §§ 262 ff. BGB darstellen kann.

Huber²⁾ vertritt unter Berufung auf Larenz³⁾ die Ansicht, der Rückgewähranspruch könne überhaupt kein Wahlschuldverhältnis sein. Ein Wahlschuldverhältnis sei dann gegeben, wenn der Schuldner wahlweise mehrere Leistungen - also verschiedene Leistungen - schulde. Der Sicherungsnehmer, die Bank schulde jedoch nur eine Leistung: Rückgabe der Grundsuld. Die Wahl beziehe sich lediglich auf die Art und Weise, nicht auf den Gegenstand der Leistung. Das reiche jedoch für die Annahme einer Wahlschuld nicht aus, da sonst auch die Geldschuld, die in bar oder per Überweisung erfüllt werden könne, eine Wahlschuld wäre.

Die Ansicht, daß nur bei verschiedenen Leistungsgegenständen, nicht aber bei verschiedenen Modalitäten der Leistung eine Wahlschuld vorliege⁴⁾, ist sicherlich mit dem Wortlaut des § 262 BGB ("mehrere Leistungen")

1) vgl. Huber, a. a. O.

2) Seckelmann, a. a. O.

3) 9. Aufl., S. 134; ebenso neuerdings: Esser, Bd. 1, S. 117.

4) so wohl auch: Fikentscher, S. 142.

vereinbar. Sie stimmt jedoch nicht mit dem vom Gesetzgeber gewollten Inhalt der Vorschrift überein. Danach kann die mit der Wahlschuld verbundene Ungewißheit nicht bloß den unmittelbaren Gegenstand, sondern auch "den Inhalt der Leistung überhaupt, einzelne Modalitäten derselben, z.B. Zeit oder Ort der Leistung" betreffen¹⁾. Die herrschende Meinung²⁾ faßt daher auch die Ungewißheit über Leistungsmodalitäten als Wahlschuld auf³⁾. Was im einzelnen unter "Leistungsmodalitäten" verstanden werden muß, erhellt aus folgenden Beispielen: Aufgrund der Entstehungsgeschichte der Vorschrift⁴⁾ werden die Zeit der Leistung, z.B. Lieferung einer Sache "am 15. Mai oder 15. Juni", und der Ort der Leistung, z.B. Lieferung eines Gegenstandes "in Hamburg oder Berlin"⁵⁾ als "Leistungsmodalitäten" angesehen. Auch die Zahlung "in französischen Franc oder Deutscher Mark"⁶⁾ stellt eine "Leistungsmodalität" dar. Der Grund erscheint einsichtig: Lieferung zu verschiedenen Zeiten, an mehreren Orten oder in unterschiedlichen Währungen stellt rein gegenständlich jeweils eine ganz andere Leistung dar, von Anfang an werden mehrere gegenständliche Einzelleistungen ins Auge gefaßt. Die Parteien wollen "mehrere Leistungen". Man mag zwar sagen, Lieferung z.B. am 15. Mai oder 15. Juni sei letztlich eben doch nur Lieferung derselben Sache. Bei näherem Hinschauen kann jedoch die Lieferung am 15. Mai schon rein gegenständlich nicht dieselbe Leistung wie die am 15. Juni sein. Die Leistungen bestehen eben nicht in demselben Aktivwerden des Schuldners. Das wird noch deutlicher, wenn man den Fall des unterschiedlichen Leistungsortes ansieht: Aktivwerden, Lieferung in Hamburg ist eben nicht dasselbe wie Leisten in Berlin.

1) Mugdan, Bd. II, S. 3.

2) Ziegler, AcP Bd. 171, S. 193 (198) m.w.N; Erman-Sirp, § 262, Anm. 4.

3) vgl. auch RG Z Bd. 57, S. 141; RG JW 1904, S. 200.

4) Motive, Bd. II, S. 6/7.

5) Beispiele bei Staudinger-Werner, vor § 262, Anm. 2.

6) RG Z Bd. 136, S. 129; Erman-Sirp, a.a.O..

Dieser Ausgangspunkt - ist das ins Auge gefaßte, unterschiedliche Aktivwerden des Schuldners ein neues, anderes, unterschiedliches? - eröffnet den Weg zur Beantwortung unseres Problems. Einen vergleichbaren Fall hat das RG¹⁾ entschieden: Die Auseinandersetzung einer Gesellschaft sollte nach dem Gesellschaftsvertrag auf dreierlei Weise erfolgen können: Versteigerung des gesamten Geschäfts, einschließlich der Firma, Umwandlung in andere Gesellschaftsform, Versilberung. Nach Auffassung des RG²⁾ läßt sich dabei "nicht sagen, daß die verschieenen vertraglichen Möglichkeiten der Auseinandersetzung mehrere Leistungen sind, welche die Gesellschafter einander wahlweise schulden. Geschuldet wird immer nur die eine Leistung, die Auseinandersetzung". Gegen diese Entscheidung haben sich ohne Nennung von Gründen Lehmann³⁾, Schmidt⁴⁾, Nastelski⁵⁾ und Heinrichs⁶⁾ ausgesprochen. Der Fall des Rückgewähranspruchs ist dem vom RG entschiedenen sehr ähnlich. Denn auch hier ergibt sich aus dem Vertrag, dem Sicherungsvertrag, die Möglichkeit der Erfüllung ein und desselben Anspruchs auf dreierlei verschiedene Weise. Legt man nun unseren oben gefundenen Maßstab für das Vorliegen eines Wahlschuldverhältnisses an, so ergibt sich folgendes:

Auseinandersetzung bzw. Rückgewähr auf eine der drei möglichen Weisen ist immer nichts anderes als Erfüllung des Auseinandersetzungs- bzw. Rückgewähranspruchs. Von vornherein ist nur eine Aktivität denkbar, nämlich eine Rückgewähr bzw. Auseinandersetzung. Ein gegenständlich ganz anderes, d.h. zu einer anderen Zeit, an einem anderen Ort, Aktivwerden des Schuldners, ist nicht ins Auge gefaßt. Auch rein gegenständlich auf das Leistungsobjekt bezogen, ist von vornherein nur eine Aktivität erforderlich, nämlich eine einzige Auseinandersetzung bzw. Rückgewährhandlung, nicht sind Vornahmen der Auseinandersetzung bzw. Rückgewähr im Mai oder Juni,

1) RG Z Bd. 114, S. 395.

2) ebenso: Staudinger-Werner, a.a.O.

3) Enneccerus-Lehmann, S. 35.

4) Soergel-Schmidt, § 262, Anm. 6.

5) RGRK-Nastelski, § 262, Anm. 4.

6) Palandt-Heinrichs, § 262, Anm. 1.

in Hamburg oder Berlin geschuldet, nicht ein entsprechend verschiedenes Aktivwerden in mehreren Leistungen, sondern ein einziges Aktivwerden bei einer einzigen Leistung. Denn mag diese auch auf verschiedene Weise erfolgen können: Auseinandersetzung, Rückgewähr bleibt die Handlung allemal. Die Modalitäten der Auseinandersetzung bzw. Rückgewähr ändern nichts daran, daß von Anfang an nur eine einzige weder nach Zeit noch Objekt wählbare Auseinandersetzungs- oder Rückgewährhandlung gewollt ist. Im Ergebnis ist daher Huber¹⁾ zuzustimmen:
Der Rückgewähranspruch ist kein Wahlschuldverhältnis.

b) Eine Konstruktion des Rückgewähranspruchs als Wahlschuldverhältnis ist auch weder interessengerecht noch dogmatisch sauber. Den Interessen der Parteien wird insofern nicht entsprochen, als bei Annahme einer Wahlschuld die einmal erfolgte Wahl unwiderruflich, bindend wäre, § 263 BGB²⁾, sofern man nicht - entsprechend den Bausparkassen-Formularen - in alle Sicherungsverträge eine den § 263 BGB abändernde Bestimmung hineinlesen wollte. Ebenso ist es mit dem Übergang des Wahlrechts auf die Bank, § 264 II BGB, wenn der Eigentümer mit der Ausübung des Wahlrechts in Verzug wäre³⁾. Zudem erscheint eine - von der h. M. angenommene - stillschweigende Vereinbarung über das Wahlrecht des Eigentümers etwas weit hergeholt: Man mag zwar dafür anführen, aus der ausdrücklichen Vereinbarung eines Bank-Wahlrechts in den Bausparkassen-Formularen lasse sich herauslesen, daß ansonsten das Wahlrecht dem Eigentümer zusteht. Ebenso gut läßt sich jedoch sagen, diese Vereinbarung sei nur deshalb ausdrücklich erfolgt, weil eine stillschweigende Abrede nicht angenommen werden kann. Weiterhin ist nicht ganz klar, wieso auch in den Fällen des nichtigen Sicherungsvertrags, wo also § 812 BGB Grundlage des Rückgewähranspruchs ist⁴⁾ eine stillschweigend getroffene, § 262

1) S. 172.

2) vgl. Mugdan, II, S. 1 4: "ein ius variandi findet nicht statt".

3) vgl. Scholz, S. 365 - was ist "nicht rechtzeitige Ausübung des Wahlrechts"? -

4) ganz abgesehen von denen, die einerseits § 812 BGB als grundsätzliche Anspruchsgrundlage ansehen und andererseits eine Wahlschuld annehmen.

BGB, abändernde Vereinbarung eines Eigentümerwahlrechts angenommen werden kann, da gerade diese Vereinbarung, die nur im Sicherungsvertrag zu finden sein kann, nichtig ist.

Es ist auch nicht überzeugend, wie man für den Fall des auf § 1169 BGB beruhenden Rückgewähranspruchs ein Wahlschuldverhältnis zu begründen versucht. Dabei geht man übrigens mit keinem Wort auf folgende Probleme ein: erlaubt ein dinglicher Anspruch überhaupt die Annahme einer Wahlschuld? Könnte man einen einheitlichen Rückgewähranspruch annehmen, der ein Wahlschuldverhältnis darstellt, soweit er auf Vertrag beruht, der dagegen nur eine Erfüllungsmöglichkeit enthält, soweit er sich aus § 1169 BGB ergibt?

6.) Weisungsbefugnis

Der Rückgewähranspruch muß rechtlich anders konstruiert werden. Im Ergebnis ist Huber¹⁾ zuzustimmen, wenn er die "Wahl"-Befugnis des Eigentümers als "aus seiner Gläubigerstellung fließende Weisungsbefugnis" ansieht und - seiner Ansicht nach - die Bank die ergangenen Weisungen im Rahmen von Treu und Glauben und der Verkehrssitte respektieren müsse.

Ausgangspunkt muß folgendes sein: Grundsätzlich ist der Sicherungsvertrag Grundlage des Rückgewähranspruchs. Ausdrücklich ist in ihm die Art der Rückgewähr nicht bestimmt. Stillschweigend ist jedoch die Rückgewähr als in drei Arten möglich vereinbart. Näheres ist auch nicht stillschweigend geregelt. Jedenfalls handelt es sich nicht um eine Wahlschuld. Der Sicherungsvertrag als Rückgewähranspruchsgrundlage ist ein Treuhandvertrag, enthält als solcher auftragsähnliche Ele-

1) a. a. O.

mente¹⁾, insbesondere das aus § 665 BGB abzuleitende Weisungsrecht des Auftraggebers, hier also des Eigentümers als des Sicherungsgebers²⁾. Daß die Treuhand eine eigennützige Treuhand der Bank ist, ändert nichts an der Annahme eines auftragsähnlichen Verhältnisses, da schon die Beobachtung auch der Interessen der anderen Partei zur Annahme eines Auftrags ausreicht³⁾.

Aus dem Treuhandcharakter des Sicherungsvertrags folgt die stillschweigende Vereinbarung über den Rückgewähranspruch.⁴⁾ Wie dieser zu erfüllen ist, kann der Eigentümer kraft seiner Weisungsbefugnis bestimmen. Er kann seine einmal getroffene Wahl ändern, neu wählen bis zur Erfüllung⁵⁾. Das folgt zwingend daraus, daß die Rückgewähr eine einheitliche Leistung darstellt, gleichgültig wie sie erfüllt wird, und irgendwelche Wahl die Rückgewähr nicht auf eine Leistungsmodalität eingrenzen kann, da weiterhin Rückgewähr als solche geschuldet wird, bis zurückgewährt ist. Ein eventuelles Verzögern der Weisungserteilung bewirkt kein Umschlagen in ein "Wahlrecht" der Bank. Man könnte allenfalls erwägen, § 665 BGB insoweit entsprechend anzuwenden, als bei Nicht-Ausübung der Weisungsbefugnis die Bank befugt ist, den - regelmäßig interessengerechtesten - Weg der Rückübertragung nach Benachrichtigung des Eigentümers hiervon einzuschlagen.

1) vgl. dazu auch: Räbel, NJW 1953, S. 1247; in der Tendenz wie hier: Ripfel, DNotZ 1957, S. 518 (522); Scholz, Festschrift Möhring, S. 419 (421/2), der den Rückgewähranspruch als wesensgleich mit dem § 667 BGB-Anspruch ansieht und insbesondere darauf hinweist, daß die Eigennützigkeit des Sicherungstreuhandverhältnisses die Annahme eines Auftrags bzw. einer Geschäftsbesorgung nicht hindert; ders. S. 31.

2) vgl. Stockmayer, S. 46.

3) BGH WM 1961, S. 947; Scholz, S. 32.

4) s.o. S. 111 ff.,

5) vgl. RG Z Bd. 90, S. 133.

Soweit der Sicherungsvertrag nichtig ist und daher § 812 BGB Rückgewähranspruchsgrundlage ist, bleibt doch das durch Grundschildhingabe begründete besondere Treueverhältnis zwischen Bank und Eigentümer weiterhin bestehen und wirkt auch auf den Rückgewähranspruch aus § 812 BGB insofern ein, als das auch in der Rückabwicklung existente Treueband die Bank zur Befolgung der Weisungen des Eigentümers verpflichtet.

Dafür spricht auch die Überlegung, daß bei Bestellung eines Rechts an einer Sache die Herausgabe grundsätzlich in den dafür vorgeschriebenen Formen sich vollziehen muß. Bei der Grundschild sind das drei Formen, die das Gesetz zur Verfügung stellt. Mangels anderweitiger Bestimmungen hat in einem solchen Falle der Anspruchsinhaber das Recht, die ihm geeignet erscheinende Form der Herausgabe zu wählen, da er sowohl Umfang als auch Richtung seines Anspruchs durch dessen Geltendmachung bestimmen kann. Denn derjenige, der ungerechtfertigt bereichert ist, hat kein rechtlich schützenswertes Interesse daran, selbst die Art der Herausgabe zu bestimmen.

Im Ergebnis gilt das gleiche für den Rückgewähranspruch aus § 1169 BGB. Das Weisungsrecht ergibt sich dabei aus dem abwehrähnlichen, mit einer Störungsbeseitigung vergleichbaren Charakter dieses Anspruchs. Der Eigentümer wird durch die trotz dauernder Einrede fortbestehende Belastung seines Grundstücks in seinem Eigentum gestört. Er kann die Beseitigung der Störung seines absolut geschützten Eigentums durch ihm geeignet erscheinende Maßnahmen verlangen; der "Störer" Grundschildgläubiger muß diesen Weisungen nachkommen; denn er ist es, der ohne rechtliche Handhabe "sich in einem fremden Rechtskreis aufhält und diesen daher durch die Tür, die ihm gewiesen wird, verlassen muß".

Die Rechtsprechung, die für den Fall der Unterlassungsklage und der Beseitigungsklage dem Anspruchsverpflichteten, dem Störer, grundsätzlich das Recht zur Wahl des Mittels der Störungsbeseitigung gibt¹⁾, könnte in

1) vgl. RGIRK-Denecke, § 1104 Anm. 44 mit vielen Hinweisen.

einem solchen Falle zu keiner anderen Auffassung kommen: Grundgedanke der Wahlmöglichkeit des Störers und der daraus folgenden generellen Verurteilung ist, daß dem Störer Gelegenheit gegeben werden soll, selbst für Abhilfe zu sorgen, da er seinen Betrieb, von dem die Störungen ausgehen, am besten kennt und Eingriffe Dritter möglichst vermieden werden sollen¹⁾. Gewonnen ist dieser Gedanke somit ganz offensichtlich aus dem Bereich der gegenständlichen Immissionen, wo sich die Störung aus dem gegenständlichen Zustand einer - im Machtbereich des Störers befindlichen - Sache des Störers oder aus dessen Verhalten ergibt. In diesem Falle mag im Interesse des Störers eine generelle Verurteilung zur Beseitigung angebracht sein²⁾. In diesem Falle geht es jedoch nicht darum, den Betrieb des Störers zu schützen, ihm die Wahl der Änderung seines Betriebs, der sich in seiner Herrschafts- und Einflußsphäre befindet, zu überlassen, sondern darum, eine aus seiner "Sache" - der ihm als Gläubiger zustehenden Grundschild - fließende Störung des Eigentümers zu beseitigen, wobei die "Sache" des Störers sich im alleinigen Einflußbereich des Eigentümers befindet, wo also ein Eingriff in einen Betrieb des Störers gar nicht in Frage stehen kann. In diesem Falle muß die Wahl des konkreten Mittels zur Störungsbeseitigung dem Anspruchsberechtigten, der die Richtung der Geltendmachung seines Anspruchs mangels schützenswerter Interessen des Störers selbst bestimmen kann, also die Wahl der Beseitigungsform hat und daher konkrete Verurteilung begehren kann.

Nur eine solche rechtliche Konstruktion wird den beiderseitigen Interessen gerecht.

So verstanden sind die Bausparkassen-Formularbestimmungen als die Weisungsbefugnisse des Eigentümers ausdrücklich einschränkend anzusehen. Der Eigentümer soll keine bindenden Weisungen erteilen dürfen, die Bank will nach eigenem Gutdünken rückgewähren können, grenzt allerdings diese eigene "Wahl"-Befugnis selbst auf Löschung und Verzicht ein.

1) OLG Köln NJW 1953, S. 1592.

2) überzeugende Bedenken dazu: Schubert, JR 1972, S. 177 ff.

III. Zur Entstehung des Rückgewähranspruchs

=====

1.) Zukünftiger, bedingter oder noch nicht fälliger Anspruch

Zur Entstehung des Rückgewähranspruchs werden im Ergebnis drei Auffassungen vertreten, bei denen zwei jedoch denselben Ausgangspunkt haben.

Eine Meinung¹⁾ nimmt an, der Rückgewähranspruch sei ein zukünftiger Anspruch, der erst mit "Kondiktionsreife" entstehe. Dem die Befriedigung der Bank sei für das Entstehen des Rückgewähranspruchs gesetzliche Tatbestandsvoraussetzung und damit Rechtsbedingung für das Entstehen des Anspruchs, der vorher allenfalls ein künftiger sei.

Die beiden anderen Auffassungen gehen übereinstimmend davon aus, der Rückgewähranspruch entstehe bereits bei Abschluß des Sicherungsvertrags. Die eine Auffassung nimmt dabei an, der Anspruch sei allerdings (rechtsgeschäftlich) aufschiebend bedingt durch die Erfüllung der gesicherten Forderung²⁾. Die andere Auffassung postuliert, der Rückgewähranspruch entstehe sofort ohne jede Bedingung, werde jedoch erst fällig, wenn die gesicherte Forderung erfüllbar sei, und sei "in seiner Ausübung an die gleichzeitige Abwicklung des gesamten Kreditverhältnisses gebunden"³⁾.

Welcher der oben genannten Auffassungen ist nun zu folgen?

1) insbesondere Hoche, DnotZ 1958, S. 383 (386/7); Wörbelaue, NJW 1958, S. 1705 (i 706).

2) insbesondere RG Z Bd. 143, S. 113; BGH WM 1957, S. 1458; BGH DNotZ 1958, S. 386; Dempewolf, NJW 1957, S. 1257/8; vgl. Huber, S. 183, Fußnote 30; Seckelmann, S. 145, Fußnote 264, jeweils m.w.N.; LG Braunschweig NJW 1957, S. 469; BGH WM 1967, S. 955; Staudinger-Scherübl, § 1191, Anm. 6 c.

3) Huber, S. 185.

Im voraus ist zu bemerken, daß alle genannten Ansichten zu undifferenziert vorgehen. Entweder nehmen sie als einzige Rückgewähranspruchsgrundlage den Sicherungsvertrag oder § 812 BGB an. Die weiter oben getroffene Differenzierung findet sich nirgends. Die Erörterungen über die Rechtsnatur des Anspruchs sind daher notwendig ebenfalls undifferenziert, geäußerte Kritik an anderen Auffassungen ebenfalls.

a) Gegen die erstgenannte Ansicht, der Rückgewähranspruch sei ein lediglich künftiger, sprechen Bedenken. Zum einen kann in allen Fällen, in denen der Rückgewähranspruch auf dem Sicherungsvertrag beruht (d-h. grundsätzlich immer, es sei denn, der Sicherungsvertrag ist nichtig), nicht die Rede davon sein, das Erlöschen der gesicherten Forderung sei gesetzliche Tatbestandsvoraussetzung der Entstehung. Denn der Sicherungsvertrag als Grundlage des Rückgewähranspruchs ist keine Norm des Gesetzes, keine Vorschrift der Rechtsordnung, sondern besteht kraft Parteiabrede. Der Rückgewähranspruch ist unmittelbarer Inhalt des Sicherungsvertrags und entsteht daher notwendig gleichzeitig mit diesem. Ein künftiger Anspruch kann er insoweit nicht sein¹⁾. Zum anderen ist die Erledigung des Sicherungszwecks keine Rechtsbedingung. Eine Rechtsbedingung ist ein zukünftiger, ungewisser Umstand, der als gesetzlich vorgeschriebenes Erfordernis durch seinen Eintritt die Wirksamkeit des Geschäfts berührt, z.B. die Zustimmung Dritter, § 185 BGB, oder die behördliche Genehmigung eines Rechtsgeschäfts²⁾.

Davon zu unterscheiden ist der Tatbestand eines Rechtsgeschäfts oder einer Rechtswirkungen erzeugenden Norm. Tatbestand und Rechtswirkung stehen im Verhältnis von Grund zu Folge. Wenn nun alle für die Rechtswirkung an sich erforderlichen Tatbestandsvoraussetzungen vorliegen, kann das Gesetz dennoch zwischen Tatbestand und Rechtswirkung einen "Riegel" schieben, der nur unter ei-

1) vgl. Huber, S. 182; Seckelmann, S. 146; Scholz, Festschrift Möhring, S. 419 (424).

2) Seckelmann, a. a. O., m. w. N.

ner bestimmten Voraussetzung, der Rechtsbedingung nämlich, den Weg zur Rechtswirkung des Tatbestands freigibt. Gesetzlicher Tatbestand des Rückgewähranspruchs ist entweder über § 305 BGB der Sicherungsvertrag oder §§ 812, 1169 BGB. Der Rückgewähranspruch ist damit entweder von Anfang an als im Sicherungsvertrag vereinbart existent oder im Rahmen der §§ 812, 1169 BGB lediglich an die Erfüllung der Tatbestandsmerkmale geknüpft; in jedem Falle ist er nicht von einer vom Recht zwischen Tatbestand und Rechtsfolge gesetzten Bedingung abhängig.

Die erste Auffassung erscheint daher nicht haltbar.

b) Gegen die zweitgenannte, wohl herrschende Auffassung sprechen insbesondere¹⁾ folgende Gründe: Wenn ein Teilrückgewähranspruch besteht²⁾, dann kann man wohl kaum von einem Teil-Eintritt der aufschiebenden Bedingung der Erledigung des Sicherungszwecks sprechen. Zum anderen kann nach herrschender Meinung der Eigentümer schon im Laufe der Geschäftsverbindung - sofern allerdings die Geschäftsverbindung auflösbar und alle bestehenden gegenseitigen Forderungen erfüllbar sind - Rückgewähr der Grundschild Zug um Zug gegen Erfüllung der Ansprüche der Bank verlangen³⁾. Wäre diese Erfüllung aufschiebende Bedingung für den Rückgewähranspruch, dann könnte dieser erst nach Erfüllung der Forderung und nicht Zug um Zug geltend gemacht werden. Weiterhin kann man in den Fällen des nichtigen Sicherungsvertrags, in denen § 812 BGB Anspruchsgrundlage ist, kaum davon sprechen, dieser Anspruch bestehe von Abschluß des Sicherungsvertrags an und die Erledigung des Sicherungszwecks sei aufschiebende Bedingung für den Anspruch aus § 812 BGB. Gegen die Annahme einer Bedingung spricht auch, daß der Rückgewähranspruch mit gleicher Notwendigkeit aus dem Sicherungsvertrag folgt wie der Rückgewähranspruch aus einem Leihvertrag; der Rückgewähranspruch ist beiden Vertragstypen von Anfang an immanent, lediglich seine Durchsetzbarkeit richtet sich nach den Parteivereinbarungen über die Behaltens-

1) vgl. weiterhin sehr ausführlich: Huber, S. 183/4.

2) dazu vgl. weiter oben S. 118 ff.

3) Huber, S. 185.

dauer der gegebenen Sache.

Auch die zweitgenannte Auffassung verdient daher keine Zustimmung.

c) Bedenken begegnet auch die drittgenannte Auffassung: wenn danach ein Rückgewähranspruch nur "im Rahmen der Gesamtabwicklung des gesicherten Kreditverhältnisses geltend gemacht werden" kann, dann ist damit die Existenz eines Teil-Rückgewähranspruchs nicht vereinbar. Weiterhin erscheint die Konstruktion als zu weitgehend, zu kompliziert gegenüber dem, was man allenfalls noch als von den Parteien gewollt dem Sicherungsvertrag entnehmen kann, dem der Rückgewähranspruch im Normalfall entspringt. Weiter vermag diese Konstruktion den - bei Nichtigkeit des Sicherungsvertrags - auf § 812 BGB gestützten Rückgewähranspruch nicht zu erklären.

d) Sowohl die zweit- als auch die drittgenannte Auffassung begegnen weiteren Bedenken. Für den Fall, daß der Eigentümer Rückgewähr verlangt, zugleich aber das Bestehen weiterer gesicherter Forderungen der Bank feststeht und die Bank keinerlei Einwendungen erhebt, müßte der Richter entsprechend den genannten Auffassungen das Rückgewährverlangen zurückweisen. Denn die Klage wäre mangels Fälligkeit oder wegen Nichteintritts einer aufschiebenden Bedingung der Klageforderung unschlüssig. Ebenso ist hinsichtlich der erst- und der zweitgenannten Auffassung ein prozessuales Bedenken zu äußern: Eine Klage auf Rückgewähr wäre bei unstreitig noch bestehenden Forderungen der Bank als unzulässig abzuweisen, da bei zukünftigen oder bedingten Ansprüchen das Rechtsschutzinteresse fehlt, wenn nicht die besonderen Voraussetzungen des § 259 ZPO vorliegen. § 259 ZPO ist jedoch nur vom Standpunkt der zweitgenannten Auffassung zu prüfen, da er auf künftige Ansprüche nicht anwendbar ist¹⁾.

1) RG SeuffArch Bd. 72, S. 107; BGH Z Bd. 5, S. 342 ff.

2.) Einredebehafteter Anspruch

a) Der richtige Lösungsansatz muß differenzierter sein: der Rückgewähranspruch kann auf verschiedenen Grundlagen beruhen, demnach könnte auch die Rechtsnatur des Rückgewähranspruchs entsprechend verschiedenen sein.

aa. Soweit der Rückgewähranspruch auf § 812 BGB beruht, wird man folgendes sagen müssen: da die Grundsuld aufgrund eines nichtigen Sicherungsvertrages gegeben wurde und diese Nichtigkeit jedenfalls im Regelfall von Abschluß des Sicherungsvertrages an (ex tunc) besteht, kann vom Moment der Grundsuldbestellung an die Grundsuld zurückverlangt werden. Es ist keinerlei hinzutretendes Ereignis erforderlich, keine Bedingung muß eintreten; der Rückgewähranspruch besteht von Anfang an, nicht erst künftig; der Anspruch ist von Anfang an fällig, nicht erst nach Geschäftsverbindungsabwicklung. Der wegen Nichtigkeit des Sicherungsvertrags auf § 812 BGB beruhende Rückgewähranspruch ist jedoch dann, wenn zwischen Eigentümer/Schuldner und Bank die Geltung der AGB vereinbart wurde, solange undurchsetzbar, wie die Bank Forderungen gegen den Eigentümer/Schuldner hat. Denn aus Ziff. 19, 1 AGB ergibt sich ein jederzeitiger Sicherheitenbestellungsanspruch der Bank für ihre Forderungen, den die Bank einredeweise dem Rückgewähranspruch entgegenhalten könnte; aus Ziff. 19, 2 AGB folgt ein Pfandrecht der Bank an der Grundsuld¹⁾; aus Ziff. 19, 5 AGB kann die Bank ein Zurückbehaltungsrecht an der Grundsuld wegen ihrer Forderungen herleiten.

Zu der Frage, ob der Bank sogar über Ziff. 19, 2 AGB ein Pfandrecht an dem gegen sie selbst gerichteten Rückgewähranspruch zusteht, braucht hier daher nicht eingehend Stellung genommen zu werden.

1) vgl. dazu BGH NJW 1973, S. 514, der Ziff. 19, 2 AGB in anderer Hinsicht einschränkend auslegt.

bb. Soweit der Rückgewähranspruch auf dem Sicherungsvertrag beruht, erscheint folgendes richtig: Da der Rückgewähranspruch als im Sicherungsvertrag enthalten auf diesem beruht, entsteht er mit dessen Abschluß. Er ist von Anfang an ein unbedingter und gegenwärtig bestehender Anspruch. Lediglich steht der Bank eine Einrede gegen die Durchsetzung des Rückgewähranspruchs zu, wenn, solange und soweit ihre Forderungen aus der Geschäftsverbindung noch nicht getilgt sind. Diese Konstruktion vermeidet die als Kritik zu den bisher vertretenen Auffassungen genannten Schwierigkeiten: die Grundschild kann teilweise zurückverlangt werden, soweit die Forderungen der Bank aus der Geschäftsverbindung endgültig getilgt sind, der Bank steht insoweit keine Einrede dagegen zu. Wenn der Eigentümer der Bank gleichzeitig die Erfüllung ihrer gesamten Forderungen anbietet, kann er die Rückgewähr der Grundschild Zug um Zug verlangen, ohne daß die Bank eine über die reine Zug-um-Zug-Leistung (§ 320 BGB) hinausgehende Einrede geltend machen kann. Weiterhin muß die Bank, will sie eine Verurteilung zur Rückgewähr vermeiden, sich auf ihr Recht berufen, die Grundschild solange behalten zu dürfen, als sie in ausreichender Höhe noch zu sichernde Forderungen in Händen hat.

Im Ergebnis bleibt festzuhalten: Sowohl wenn § 812 BGB als auch wenn der Sicherungsvertrag Grundlage des Rückgewähranspruchs ist, ist dieser ein gegenwärtiger von Abschluß des Sicherungsvertrags bzw. Hingabe der Grundschild (bei § 812 BGB) an bestehender, unbedingter Anspruch, dem die "Einrede des Sicherungszwecks" entgegengehalten werden kann, wenn und solange gesicherte Forderungen der Bank bestehen.

cc. Soweit der Rückgewähranspruch auf § 1169 BGB beruht, ist sein Entstehen von dem Entstehen einer dauernden Einrede gegen die Grundschild abhängig. Wie später noch - S. 194 ff. - dargelegt werden wird, besteht ab Sicherungsvertragsabschluß die "Einrede der fehlenden Verwertungsbefugnis" bei Fehlen der Fälligkeit der Forderung, die aber keine dauernde Einrede ist. Der Anspruch aus § 1169 BGB entsteht daher erst vom Moment des Entstehens einer dauernden Einrede an, etwa der der endgültigen Nichtvalutierung; er ist so lange ein zukünftiger Anspruch.

b) In diesem Zusammenhang soll noch folgende Frage erörtert werden: Kann die Bank eine Grundschild, die zur Sicherung "aller Forderungen aus jedem Rechtsgrund" bestellt wurde, dann noch als Sicherheit für Forderungen, die später - unvorhergesehenenerweise - entstehen, festhalten, wenn der Eigentümer den Rückgewähranspruch nicht durchgesetzt hat?

Der Rückgewähranspruch war zwar durchsetzbar, da keine gesicherten Forderungen mehr bestanden. Nunmehr bestehen jedoch Forderungen der Bank "aus jedem Rechtsgrund". Diese unterfallen dem Sicherungszweck, wenn Eigentümer und Schuldner identisch sind oder bei Nicht-Identität mit dem Eigentümer AGB vereinbart sind.

Die Bank kann daher die "Einrede des Sicherungszwecks" gegenüber dem Rückgewähranspruch erheben. Sofern die neu entstandenen Forderungen nicht dem Sicherungszweck unterfallen, also bei Nicht-Identität von Schuldner und Eigentümer und Nicht-Geltung der AGB gegenüber dem Eigentümer, kann der Rückgewähranspruch auch jetzt noch durchgesetzt werden.

Die Bank kann im eben genannten Falle die Rückgewähr jedoch dann nicht verweigern, wenn der Eigentümer diese begehrt hatte, bevor die neuen Forderungen entstanden sind. Denn es würde gegen Treu und Glauben verstoßen, wenn die Bank die Grundschild nur deshalb festhalten könnte, weil sie die Rückgewähr verzögert hat.

c) In diesem Zusammenhang soll nun ein die Frage der Durchsetzbarkeit des Teil-Rückgewähranspruchs berührendes Problem erörtert werden: In Ziff. 19,2 AGB heißt es u.a., daß die Bank ein Pfandrecht an allen in ihre Verfügungsgewalt gelangenden Werten des Kunden, "einschließlich der Ansprüche des Kunden gegen die Bank selbst", haben soll. Kann nun unter Berufung auf diese Vorschrift die Bank die Teil-Rückgewähr der Grundschild verweigern, da ihr an dem gegen sie selbst gerichteten Teil-Rückgewähranspruch des Eigentümers ein Pfandrecht zustehe?

Nach dem oben zur Durchsetzbarkeit eines Teil-Rückgewähranspruchs Gesagten wird diese Frage nur sehr selten wirklich problematisch sein:

denn wenn dieser nur durchsetzbar ist, wenn die Geschäftsverbindung beendet, die Forderungen fixiert sind oder wenn die Geschäftsverbindung lediglich noch der Abwicklung dient oder wenn das Entstehen von Forderungen nicht konkret erkennbar ist, dann ist regelmäßig kein Fall denkbar, in dem die Durchsetzung eines Teil-Rückgewähranspruchs an Ziff. 19, 2 AGB scheitern könnte. Denn auch ein Pfandrecht nach Ziff. 19, 2 AGB kann nur bezüglich bestehender oder jedenfalls erkennbar noch entstehender Forderungen existieren; ein Festhalten von Werten des Kunden als Pfand für lediglich möglicherweise entstehende, nur abstrakt denkbare Forderungen ohne konkreten Anhaltspunkt kommt nicht in Frage.

Zwei Ausnahmefälle erscheinen denkbar: die Geschäftsverbindung wird abgebrochen, ein Teil-Rückgewähranspruch durchsetzbar, und dann wird eine neue Geschäftsverbindung begründet. Oder: die Forderungen der Bank sind (z. T.) getilgt, das Entstehen neuer ist nicht ersichtlich; bevor es zur (Teil)-Rückgewähr der Grundsuld kommt, entstehen unverhofft neue Forderungen der Bank. In solchen Ausnahmefällen wird man der Bank ein Pfandrecht nach Ziff. 19, 2 AGB zuerkennen müssen¹⁾.

Problematisch kann die Frage allenfalls dann werden, wenn Schuldner und Eigentümer nicht identisch sind und ein Teil-Rückgewähranspruch des Eigentümers wegen Teil-Erlöschens der Forderungen der Bank gegen den Schuldner an sich durchsetzbar wird und wenn in einem solchen Fall die Bank noch Forderungen gegen den Eigentümer hat. Insoweit ist jedoch ebenso zu entscheiden, wie bereits oben zu der Frage der Haftung der Grundsuld für Eigenverbindlichkeiten des Eigentümers: Klare Individualvertrags-Abreden kann die Bank nicht durch ihre lediglich subsidiär geltenden AGB unterlaufen. Sie muß die Grundsuld teil-rückgewähren.

1) grundsätzlich ebenso: Liesecke, WM 69, 546 (554); Scholz, Festschrift Möhring, S. 419 (427, 439).

IV. Der Inhaber des Rückgewähranspruchs bei Gesamtgrundschulden

=====

Die Frage nach dem Inhaber des Rückgewähranspruchs scheint auf den ersten Blick müßig: nachdem oben klargestellt wurde, daß der Rückgewähranspruch auf dem Sicherungsvertrag, nur ausnahmsweise auf § 812 BGB beruht, ist unabweisbare Folge, daß Inhaber des Rückgewähranspruchs der Sicherungsvertragspartner bzw. der Entreicherte, in jedem Falle also der Eigentümer, ist.

Schwierigkeiten treten bei der Bestimmung des Sicherungsvertragspartners oder besser gesagt: bei der Bestimmung der Befugnisse eines Sicherungsvertragspartners am Rückgewähranspruch immer dann auf, wenn es sich um eine Gesamtgrundschuld an Grundstücken bzw. Grundstücksteilen verschiedener Eigentümer handelt, §§ 1192, 1132 BGB. Im Gegensatz zur Gesamthypothek, die dadurch bestimmt ist, daß eine einzige Forderung durch mehrere Hypotheken an mehreren Grundstücken gesichert wird, ist Wesensmerkmal der Gesamtgrundschuld folgendes: ein Gläubiger darf die Grundschuldsumme nur einmal aus allen belasteten Grundstücken erhalten, wobei in sein Belieben gestellt ist, aus welchen¹⁾. Aus dem Grundbuch ist das regelmäßig durch einen Mithaftvermerk (vergl. § 48 GBO) ersichtlich. Dieser hat nur deklaratorische Bedeutung: konstitutive, dingliche Wirkung kommt insoweit nur der in der Eintragung in Bezug genommenen Bewilligung zu²⁾.

Bei allen folgenden Erörterungen über die Vielgestaltigkeit der Entstehung einer Gesamtgrundschuld wird daher vorausgesetzt, daß die jeweilige Grundschuld von Anfang an unter der Voraussetzung gegeben wurde, daß sie nicht allein, sondern mit anderen Grundschulden haften und daher die Grundschuldsumme insgesamt nur einmal aus einem Grundstück gehoben

1) Westermann, § 118 I 2.

2) OLG Düsseldorf, WM 1973, S. 793/4.

werden soll, und daß das auch in den Bewilligungen so bestimmt ist.

Insbesondere der Fall, daß für ein und dieselbe Forderung mehrere Grundschulden gegeben werden, wobei alle Grundschulden die gegebenenfalls jede von ihnen weit übersteigende Forderung sichern sollen, ist daher kein Fall einer Gesamtgrundschuld, da gerade nicht die Grundschuldsumme insgesamt nur einmal gehoben werden soll, sondern im Gegenteil gerade durch Realisierung aller Grundschulden erst der von den Parteien verfolgte Sicherungszweck erreicht werden kann und soll.

Andererseits ist in dem Fall, in dem sukzessive mehrere Grundschulden gegeben werden, wobei jeweils die folgende Grundschuldbestellung bei der vorangehenden nicht bedacht wurde, eine Gesamtgrundschuld anzunehmen. Denn es ist allgemeine Auffassung, daß auch durch nachträgliche Bestellung einer weiteren Grundschuld (bzw. Hypothek), die im Mithaftverband mit einer bereits existierenden stehen soll, eine Gesamtgrundschuld entsteht¹⁾.

1.) Entstehungsmöglichkeiten einer Gesamtgrundschuld

Eine Gesamtgrundschuld kann auf vielfältige Weise entstehen:

- a) Der im Gesetz, §§ 1192, 1132 BGB, geregelte Fall ist der, daß an mehreren Grundstücken je eine Grundschuld besteht, wobei die Grundschuldsumme insgesamt nur einmal gehoben werden soll. Dabei ist gleichgültig, ob diese Grundschulden alle zugleich oder erst nach und nach bestellt wurden.
- b) Weiter entsteht eine Gesamtgrundschuld, wenn an einem Grundstück eine Grundschuld besteht und das Grundstück geteilt wird²⁾.
- c) Eine weitere Fallgestaltung ist die, daß an einem Grundstück der Eigentümer eine Grundschuld bestellt hat und später das Grundstück auf mehrere zu Bruchteilen (vergl. §§ 1008 ff. BGB) berechnigte Miteigen-

1) vgl. RG Z Bd. 146, S. 363 ff.

2) vgl. Palandt-Degenhart, § 1132, Anm. 1.

tümer überträgt. Denn eine unterschiedliche Behandlung der bisherigen Einzelgrundschuld, je nachdem ob das belastete Grundstück im Wege realer oder bloß ideeller Teilung in das Eigentum mehrerer übergeht, ist nicht gerechtfertigt¹⁾.

d) Der nächste Weg zum Entstehen einer Gesamtgrundschuld sieht so aus, daß mehrere Miteigentümer eines Grundstücks gleichzeitig oder nacheinander je an ihrem Anteil eine Grundschuld bestellen, wobei wiederum die Grundschuldsumme nur einmal aus allen Anteilen gehoben werden soll. Das ist rechtlich möglich, §§ 1008, 1114, 1192 BGB.

e) Von dieser Möglichkeit zur nächsten ist kein weiterer Schritt: mehrere Miteigentümer eines Grundstücks bestellen gemeinschaftlich eine Grundschuld an dem gesamten Grundstück. Denn eine solche Grundschuld belastet, mag sie auch als Einzelgrundschuld bestellt sein, doch die einzelnen Miteigentumsanteile, die Gegenstand selbständiger Rechte sein können, § 1008 BGB²⁾.

Im Ergebnis heißt das also, daß in jedem Falle eine Gesamtgrundschuld besteht. Wenn an verschiedenen Grundstücken je eine Grundschuld im Mithaftverband mit den anderen Grundschulden besteht oder wenn eine Grundschuld auf einem Grundstück ruht, das mehreren Bruchteilseigentümern gehört³⁾.

2.) Rückgewähranspruchsinhaber

Infolge der verschiedenartigen Entstehung der Gesamtgrundschulden und dem damit naturgemäß verbundenen - eventuell verschiedenartigen - Abschluß mehrerer Sicherungsverträge könnte jedoch die Frage nach der Inhaberschaft an den Rückgewähransprüchen unterschiedlich zu beantworten sein.

1) vgl. RG Z Bd. 146, S. 363 (365).

2) RG, a. a. O.

3) KG JFG, Bd. 16, S. 345 (347).

a) Wenden wir uns dem erstgenannten Fall zu:

Wem steht der Rückgewähranspruch zu, wenn z.B. A und B, die in keiner rechtlichen Beziehung zueinander stehen, jeweils an einem ihrer Grundstücke je eine Grundschuld für die Bank X bestellen, die beide die Forderungen der X gegen Y sichern sollen, und wenn diese Forderungen fixiert (z.B. wegen Beendigung der Geschäftsverbindung) und von Y bezahlt sind? Zu beachten ist dabei, daß A und B voneinander wissen müssen, da Definitionsmerkmal der Gesamtgrundschuld ist, daß Bank und Eigentümer sich über die Einmaligkeit der Erhebung des Grundschuldkapitals einig sein müssen.

Diese Frage ist nicht schwer zu beantworten:

A und B haben je für sich mit X einen Sicherungsvertrag abgeschlossen. Infolge des Wegfalls der gesicherten Forderung steht jedem von ihnen je aus ihrem Sicherungsvertrag ein Rückgewähranspruch hinsichtlich der je ihr Grundstück belastenden Grundschuld zu. Da die bei den Grundschuldbestellungen geschlossenen Sicherungsverträge in keinerlei Verbindung untereinander standen (abgesehen davon, daß die Grundschulden im Miethaftverband stehen) sind auch die Rückgewähransprüche untereinander nicht verbunden, vielmehr vollkommen isoliert voneinander.

Wie aber ist die Lage in unserem Fall, wenn nicht Y, sondern ein anderer, etwa ein Bürge, ein an sich unbeteiligter Dritter oder auch der B, auf die Forderung gezahlt hat?

Wenn ein vollkommen unbeteiligter Dritter auf die Schuld zahlt, so ergibt sich kein Unterschied zum obigen Ergebnis: entweder erlischt die Forderung oder der Dritte erwirbt die Regreßforderung gegen Y, die Rückgewähransprüche des A und B können durchgesetzt werden. Für den Fall,

daß ein Bürge oder Verpfänder zahlt, ist die Rechtslage umstritten¹⁾. Hier soll keine eingehende Erörterung der Rechtsfrage erfolgen. Entscheidendes Problem ist in unserem Zusammenhang nur, daß in diesen Fällen die Forderung nicht untergeht, sondern weiterbesteht, allerdings in Hand eines anderen Gläubigers. Ob die Grundschulden diese übertragene Forderung sichern, ist jedoch im weitesten Sinne ein Problem der Rechtsnachfolge, das weiter unten abgehandelt werden soll. Für den Fall, daß z. B. der B zahlt, sieht das Gesetz keine Regelung vor. Abgesehen von dem weiter unten - S. 255 ff. - erörterten Fall, daß B gegen A einen Ersatzanspruch hat, geht weder Forderung noch Grundschuld auf B über und A kann seinen Rückgewähranspruch geltend machen.

b) Wenden wir uns nunmehr dem zweiten Fall der Entstehung einer Gesamtgrundschuld zu:

Ein Grundstück, an dem eine Grundschuld besteht, wird geteilt. Hier bietet die Entscheidung zunächst keine besonderen Schwierigkeiten: Da der Rückgewähranspruch aus dem Sicherungsvertrag zwischen dem Eigentümer und der Bank folgt und sich dieser Sicherungsvertrag automatisch auf die neuen Grundschulden, die aus der alten entstanden sind, erstreckt, besteht ein Rückgewähranspruch des Eigentümers bezüglich beider Grundschulden. Wie die Rechtslage ist, wenn der Eigentümer nach der Teilung einen oder alle Grundstücksteile veräußert, ist ein weiter unten - S. 231 ff. - zu erörterndes Problem der Rechtsnachfolge.

c) Nun zum dritten Fall der Entstehung einer Gesamtgrundschuld: der Eigentümer hat eine Grundschuld an seinem Grundstück bestellt und überträgt das Grundstück auf mehrere Miteigentümer. Auch hier haben

1) vgl. Palandt-Degenhart, § 1225, Anm. 2; Palandt-Thomas, § 774, Anm. 2 g; jeweils m.w.N.; aus der älteren Literatur siehe: Vahldiek, Der Ausgleich zwischen mehreren Sicherungsgebern.

wir es wiederum mit einem Rechtsnachfolgeproblem zu tun, da der aus dem Sicherungsvertrag erwachsende Rückgewähranspruch - zumindest - zunächst dem früheren Eigentümer, der die Grundschuld bestellte, zusteht.

d) Der vierte Fall der Gesamtgrundschuld - mehrere Miteigentümer bestellen zugleich oder nacheinander je an ihrem Anteil eine Grundschuld, bietet keine Schwierigkeiten: einzeln abgeschlossene Sicherungsverträge bedingen dem Einzelnen getrennt zustehende Rückgewähransprüche. Zu der Frage, wie sich die Rechtslage gestaltet, wenn einer der Miteigentümer, ein Dritter, ein Bürge oder der persönliche Schuldner auf die Forderung zahlen, kann auf die oben zum ersten Fall gemachten Erörterungen verwiesen werden.

e) Der letzte Fall einer Gesamtgrundschuld, die Bestellung einer Grundschuld am gesamten Grundstück durch alle Miteigentümer gemeinsam, bietet größere Schwierigkeiten. In diesem Fall nämlich wird nur ein einziger Sicherungsvertrag zwischen den Miteigentümern auf der einen und der Bank auf der anderen Seite geschlossen. Können nun aus diesem einen Vertrag mehrere Rückgewähransprüche - für jeden Miteigentümer - entstehen und, wenn das zu bejahen ist, sind diese Rückgewähransprüche irgendwie untereinander verbunden?

aa. Für den ersten Teil der Frage ist zu beachten, daß die Bestellung der Gesamtgrundschuld in einem einzigen Akt letztlich nichts anderes als eine Vereinfachung, Erleichterung des ansonsten anzuwendenden Verfahrens ist, das sich so wie im vorigen Fall geschildert, darstellen würde. Insoweit könnte man sagen, müßte wie im vorigen Fall jedem Miteigentümer ein eigener Rückgewähranspruch zustehen. Weiterhin ist zu bedenken, daß der Sicherungsvertrag u. a. auch die Verpflichtung jedes Miteigentümers beinhaltet, die Eintragung einer Grundschuld zu bewilligen, soweit sie seinen Anteil betrifft. Dieser ihm allein obliegenden - denn die anderen Miteigentümer könnten den Sicherungsvertrag insoweit nicht erfüllen - Pflicht muß auf der anderen Seite ein ihm allein zustehender Rückgewähranspruch gegenüberstehen.

Demgegenüber ist zu beachten, daß alle Miteigentümer gemeinsam die Pflicht, gemeinsam eine Grundschuld am gesamten Grundstück zu bestellen, übernommen haben, demnach eine Gesamtschuld im Sinne des § 420 BGB begründet haben könnten. Inhalt einer Gesamtschuld ist, daß einerseits alle Schuldner insgesamt nur einmal zu leisten haben, andererseits die Erfüllung durch einen für alle Gesamtschuldner wirkt. Hier kann ein Gesamtschuldner allein überhaupt nicht die gesamte Schuld erfüllen. Das allein kann zwar nicht grundsätzlich zur Ablehnung der Annahme einer Gesamtschuld führen; denn, wie § 431 BGB zeigt, kann eine Gesamtschuld auch dann vorliegen, wenn einer der Schuldner allein gar nicht die geschuldete Leistung erbringen kann¹⁾; denn der Schuldner kann sich durchaus auch zum Einstehen für das Verhalten anderer verpflichten, wie die Gültigkeit eines auf eine subjektiv unmögliche Leistung gerichteten Vertrags zeigt. Doch wird regelmäßig nicht angenommen werden können, daß ein Miteigentümer sich verpflichten will, die gesamte Leistung zu erbringen und für das Verhalten der anderen Miteigentümer einzustehen.

Daraus folgt, daß die Miteigentümer keine auf Grundschuldbestellung gerichtete Gesamtschuld eingehen wollen. Allerdings wird man angesichts der Tatsache, daß die Miteigentümer die nur gemeinsam mögliche Bestellung der Grundschuld am gesamten Grundstück versprechen, auch nicht annehmen können, jeder wolle nur zur Bestellung einer - sozusagen - Teilgrundschuld an seinem Anteil verpflichtet sein, § 420 BGB.

Vielmehr wird man annehmen müssen, jeder Miteigentümer verpflichte sich weder lediglich zu einer Teil-Grundschuldbestellung, noch zur Bestellung der gesamten Grundschuld, sondern vielmehr dazu, im Zusammenwirken mit den anderen Miteigentümern eine Grundschuld zu bestellen. Es handelt sich daher um eine gemeinschaftliche Schuld²⁾.

1) vgl. Palandt-Heinrichs, vor § 420, Anm. 2 c bb.

2) vgl. Palandt-Heinrichs, vor § 420, Anm. 2c.

bb. Die weitere Frage ist jedoch, ob nicht deswegen, weil der einzelne Miteigentümer nicht einen einzelnen, sondern im gemeinschaftlichen Verbund mit den anderen Miteigentümern stehenden Sicherungsvertrag geschlossen hat, auch die Rückgewähransprüche in einem gemeinschaftlichen Verbund untereinander stehen müssen. Eine solche Gesamtberechtigung ist auf mehrere Weisen denkbar: einmal Mitberechtigung im Sinne des § 432 BGB, die vorliegt, wenn eine unteilbare Leistung geschuldet wird, und die dazu führt, daß jeder Gesamtberechtigte ein eigenes Recht auf Befriedigung aller Gläubiger gemeinsam hat; zum anderen Gesamtgläubigerschaft im Sinne des - analog anzuwendenden - § 428 BGB, die bei teilbarer Leistung vorliegt und deren Folge ist, daß jeder Mitberechtigte ein eigenes Recht auf eigene Befriedigung hat, wobei die Befriedigung des einzelnen Gläubigers allen gegenüber wirkt¹⁾.

Entscheidend dafür, welche dieser beiden Arten der Gesamtberechtigung vorliegen könnte, ist also, ob die Rückgewähr der Gesamtgrundschuld eine teilbare oder unteilbare Leistung darstellt. Dabei ist hier zu beachten, daß die Grundschuld als ganze von allen Miteigentümern gemeinsam gegeben wurde, nicht einzelne Grundschulden an jedem Miteigentumsanteil. Aus der Art der ungeteilten, wenn auch teilbaren, Hingabe der Grundschuld könnte man folgern, daß auch die Rückgewähr ungeteilt, wenn auch real teilbar, erfolgen muß²⁾, so daß es sich bei der Rückgewähr der einzeln gegebenen Grundschuld um eine unteilbare Leistung handelt, der Verbund der Miteigentümer sich daher als Gesamtberechtigung im Sinne des § 432 BGB darstellen könnte³⁾.

Ist aber auch die daraus abzuleitende Folge, daß jeder Miteigentümer ein eigenes Recht auf gemeinsame Befriedigung aller Miteigentümer besitzt, interessengerecht?

Zu beachten ist dabei, daß dann, wenn man den Rückgewähranspruch als Wahlschuldverhältnis im Sinne des § 262 BGB mit Wahlrecht zugunsten

1) vgl. dazu: BGH Z Bd. 46, S. 253 ff.

2) vgl. KG JFG Bd. 16, S. 345.

3) so offenbar: BGH WM 1969, S. 209.

des Gläubigers auffaßt, Folge der Annahme einer Gesamtberechtigung nach § 432 BGB ist, daß die Miteigentümer sich über die Art der Wahl einigen müßten. Auch wenn man der hier vertretenen Konstruktion der Anweisungsbefugnis hinsichtlich der Art der Rückgewähr folgt, so müßten die Miteigentümer sich über den Inhalt der Anweisung einigen. Denn die Tatsache, daß jeder Miteigentümer ein eigenes Recht auf Befriedigung aller hat, besagt noch nicht, daß der die Rückgewähr verlangende Miteigentümer die Weisungsbefugnis bzw. das Wahlrecht hat. Im Gegenteil: wollte man jedem Miteigentümer einen eigenen Rückgewähranspruch mit eigenem Wahlrecht bzw. Weisungsbefugnis zugestehen, könnte der Fall eintreten, daß sich die Bank plötzlich mit mehreren Ansprüchen auf von dem Miteigentümer auf jeweils verschiedene Art verlangte Rückgewähr der Grundsuld konfrontiert sähe. Soweit man eine Wahlschuld annimmt, kann nach wohl zutreffender Ansicht¹⁾ dann jeder Wahlberechtigte mit Wirkung für sich die Wahlschuld auf eine Schuld konzentrieren. Bei Annahme einer Weisungsbefugnis gilt Entsprechendes. Außerdem käme es zu der mißlichen Konsequenz, daß dann, wenn die Bank diesem Problem aus dem Weg gehen will und sofort den als ersten geltend gemachten Rückgewähranspruch in der gewählten Art erfüllt, derjenige, der "zuerst mahlt", zuerst kommt" und so die übrigen Miteigentümer auf eventuell nie gewünschte Folgen fixieren kann. Spricht dieses Einigungserfordernis gegen die Interessengemäßheit der Annahme einer Gesamtberechtigung nach § 432 BGB? Das Gesetz selbst sieht in manchen Fällen einer Gesamtberechtigung die Notwendigkeit einer Einigung vor: z. B. §§ 2038, 709 BGB. Zudem müßten die Miteigentümer bei der gemeinsamen Grundschuldbestellung eine Einigung treffen; dann ist es nicht zuviel verlangt, daß sie sich auch bei der Rückgewähr einigen mußten.

Wie aber müßte bei dieser Einigung verfahren werden?

In ähnlichen Fällen gibt es die Vorschriften der §§ 1172 II, 745, 709 II, 2038 II BGB; danach wäre die Entscheidung über die Art der Rückgewähr

1) Enneccerus-Lehmann, § 8 IV 2, S. 36; a. A.: Soergel-Reim. Schmidt, § 263, Anm. 1.

im Zweifel entsprechend den Miteigentumsanteilen zu fällen. Diesem Ergebnis steht folgende Erwägung entgegen: bei Bestellung der Grundsuld konnte nicht nach Mehrheitsentscheidung vorgegangen werden; wenn ein Miteigentümer keine Grundsuld an seinem Teil zulassen wollte, war dagegen nichts zu machen. Es ist kein Grund ersichtlich, warum das jetzt anders sein sollte. In den - nicht ganz seltenen - Fällen der hälftigen Miteigentumsanteile käme es beim Streit der beiden Miteigentümer nicht zur Rückgewähr, da dabei nur ein einstimmiger Beschluß möglich ist¹⁾.

Man muß daraus den Schluß ziehen, daß die Annahme einer Gesamtberechtigung nach § 432 BGB verfehlt wäre.

Aber auch die Annahme einer Gesamtgläubigerschaft im Sinne des § 428 BGB²⁾, an die man glauben könnte, weil eine Gesamtgläubigerschaft gegenüber einer gemeinschaftlichen Schuld sozusagen die Kehrseite darstellt, ist wegen der daraus abzuleitenden Folgen nicht akzeptabel; denn dann könnte jeder der Miteigentümer die Rückgewähr der Gesamtgrundsuld verlangen und die Rückgewähr an diesen Miteigentümer würde zur Erfüllung des Rückgewähranspruchs auch den übrigen Miteigentümern gegenüber führen.

cc. Als Lösung bietet sich folgender Weg an:

So wie die Miteigentümer eine gemeinschaftliche Schuld übernommen haben, nämlich je für sich die Verpflichtung, gemeinsam mit den anderen Miteigentümern eine Grundsuld zu bestellen, so steht ihnen nunmehr umgekehrt je für sich ein Anspruch darauf zu, gemeinsam mit den anderen Miteigentümern die Grundsuld zurückgewährt zu erhalten. Das bedeutet zunächst, daß jeder Miteigentümer einen Anspruch auf Rückgewähr an alle Miteigentümer in ihrer Gemeinsamkeit hat. Diesen Anspruch kann die Bank nur durch Rückgewähr an alle Miteigentümer gemeinsam befrie-

1) vgl. RG Z Bd. 160, S. 128 ff.

2) so in der Tendenz wohl KG JFG Bd. 16, S. 345.

digen. Insofern besteht eine Forderung auf eine unteilbare Leistung, vgl. § 432 BGB. In welcher Art die Rückgewähr zu erfolgen hat, kann nicht einer Mehrheitsentscheidung überlassen bleiben. Der eben genannte Inhalt des Rückgewähranspruchs erfaßt jedoch nicht die gesamte Bedeutung des Anspruchs. Den Weg zur Erkenntnis seines weiteren Inhalts weisen die §§ 1172 II, 1132 II, 752 BGB: diese Vorschriften sehen - ihrem Sinne nach - eine Verteilung eines gemeinsamen Rechts nach den daran bestehenden Anteilen vor. Der Rechtsgedanke dieser Vorschriften ist hier entsprechend heranzuziehen: jeder Miteigentümer kann, wenn die Miteigentümer nicht zu einer Einigung über die Art der Rückgewähr kommen, entsprechend § 1172 II BGB verlangen, daß die Bank die Grundsuld an seinem Miteigentumsanteil entsprechend § 1132 II BGB beschränkt und in dieser Beschränkung ihm auf die von ihm gewählte Art zurückgewährt.

Diesem Verlangen hat jedoch, weil der Rückgewähranspruch den Miteigentümern gemeinsam zusteht und die so bestehende Gemeinschaft vor der Individualisierung des Anspruchs aufgelöst werden muß, ein notfalls im Klagewege zu verfolgendes Verlangen auf Aufhebung der Gemeinschaft (vgl. §§ 749 BGB, 794 ZPO) voranzugehen. Die genannte Beschränkung der Grundsuld hat dabei in Abweichung von §§ 1172 II, 1132 II BGB in Art des § 752 BGB, d.h. nach Höhe der Miteigentumsanteile, zu erfolgen, da es sich um ein einziges Grundstück handelt und verschiedene Werte der "Grundstücke", wie von §§ 1172 II, 1132 II BGB vorausgesetzt, nicht vorliegen können.

Nur diese Konstruktion wird den beiderseitigen Interessen gerecht.

f) Von den hier behandelten Fällen ist eine andere Fallgestaltung streng zu unterscheiden: der Fall nämlich, daß mehrere Schuldner gemeinsam, d.h. gesamtschuldnerisch Verbindlichkeiten gegenüber der Bank haben und einer von diesen mehreren Schuldnern der Bank zur Sicherung der gemeinsamen Verbindlichkeiten eine (oder auch mehrere) Grundsuld(en) an einem ihm gehörenden Grundstück(en) bestellt (wobei bei mehreren Grundschulden das Kapital nur einmal gehoben werden soll).

Wenn in diesem Fall die gemeinsame Schuld durch den Eigentümer getilgt wird, kann die Entscheidung nur lauten, daß die Bank dem Eigentümer die Grundsuld zurückzugewähren hat.

Fraglich ist, wem der Rückgewähranspruch zusteht, wenn ein anderer Schuldner, der nicht Eigentümer eines belasteten Grundstücks ist, die Schuld tilgt¹⁾. Der BGH²⁾ ist der Auffassung, in einem solchen Falle müsse die Rückgewähr an den Schuldtilgenden erfolgen, da er - gemeinsam mit dem Eigentümer - der Bank die Grundsuld - wenn auch nur mittelbar - gegeben, verschafft habe; daß er die Grundsuld bei ihrer Bestellung nicht habe "übertragen" können, stehe einer "Rückübertragung" nicht im Wege³⁾.

Der Rückgewähranspruch beruht - regelmäßig - auf dem Sicherungsvertrag und § 1169 BGB. Partner des Sicherungsvertrags, dem "Einreden" gegen die Grundsuld zustehen können, ist der Eigentümer. Der Mitschuldner profitiert zwar vom Abschluß des Sicherungsvertrags, ist jedoch nicht selbst Vertragspartei. Der Sicherungsvertrag enthält in einem solchen Falle auch nicht die Begründung eines Rechts für ihn (Vertrag zugunsten Dritter, § 328 BGB) dergestalt, daß Eigentümer und Bank einig sind, daß die Bank im Falle der Tilgung der gemeinsamen Schuld durch den dritten Schuldner die Grundsuld an diesen "zurückzugewähren" habe. Einzig berechtigt und verpflichtet aus dem Sicherungsvertrag ist der Eigentümer; nur ihm stehen "Einreden gegen die Grundsuld" zu, nicht etwa könnte der Schuldtilgende gegen die Grundsuld eine ihm - woraus? - zustehende Einrede erheben.

1) das OLG Saarbrücken, OLG Z 1967, S. 102, hat diese Frage offengelassen vgl. auch RGRK-Schuster, § 1191, Anm. 8; RG Z Bd. 150, S. 374.

2) BGH WM 1969, S. 209.

3) ebenso: Scholz, S. 158-

Der Rückgewähranspruch steht daher allein dem Eigentümer zu¹⁾.

Ein Anspruch des Schuldtilgenden auf Übertragung der Grundschild könnte sich allenfalls aus §§ 426, 412, 401 BGB ergeben. Soweit einer der Schuldner die Schuld tilgt und von den übrigen Schuldnern Ausgleich verlangen kann, geht nämlich nach § 426 BGB die Forderung der Bank auf ihn über. Nach herrschender und jedenfalls im Ergebnis zutreffender Auffassung²⁾ hat der Schuldtilgende einen Anspruch auf Übertragung der für die Forderung bestellten Grundschilden in entsprechender Anwendung der §§ 412, 401 BGB³⁾.

Nur soweit der Schuldtilgende die Schuld tilgt und soweit er einen Ausgleichsanspruch gegen die übrigen Schuldner hat, hat er daher einen Anspruch auf Übertragung der Grundschild aus §§ 426, 412, 401 BGB. Dieser an sich nur gegen den die Mitschuldner gerichtete Anspruch ist auch gegen die Bank unmittelbar durchzusetzen. Denn eine Rückgewähr auf den Eigentümer wäre sinnlos, da dieser sie ohnehin unmittelbar darauf auf den Schuldtilgenden zu übertragen hätte.

1) Soweit der BGH aus der im Einzelfall vorliegenden Formulierung, die Bank habe die Grundschild nach Schuldtilgung an den Darlehnsnehmer zurückzuübertragen, herausliest, diese Formulierung sei nur auf den Fall eines einzigen Darlehnsnehmers zugeschnitten und müsse hier daher dahin ausgelegt werden, die Bank müsse die Grundschild an den Zahlenden der Darlehnsnehmer übertragen, so übersieht er folgendes: die genannte Formulierung geht nämlich von der weiteren Voraussetzung aus, daß Sicherheitensteller, also Eigentümer, und Schuldner identisch sind; denn eine Rückübertragung der Grundschild an den Schuldner statt den Eigentümer ist doch offensichtlich nicht vereinbart und nicht gewollt. Der konkrete Fall würde von der Formulierung der Rückübertragungsverpflichtung in keiner Weise gedeckt. Die vom BGH vorgenommene Auslegung wird dem Parteiwillen nicht gerecht; denn weshalb sollte wohl auch derjenige Gesamtschuldner, der im Innenverhältnis allein verpflichtet ist, bei dieser Verpflichtung entsprechenden Zahlung einen Anspruch auf Übertragung der Grundschild gegen die Bank haben?

2) vgl. etwa Palandt - Heinrichs, § 401, Anm. 1c.

3) vgl. Palandt-Heinrichs, § 426, Anm. 4.

V. Die Folge der Erfüllung des Rückgewähranspruchs

1.) Rückgewähranspruch des Eigentümers

Wenn der Rückgewähranspruch dem Sicherungsvertragspartner der Bank, also dem Eigentümer, zusteht, treten keine Probleme bei der Frage auf, was Folge der Erfüllung des Rückgewähranspruchs ist. Nach Erfüllung des Rückübertragungsanspruchs erhält der Eigentümer die Grundsuld. Bei Verzicht der Bank auf die Grundsuld entsteht eine Eigentümergrundsuld (§§ 1168, 1169 BGB). Nach Erfüllung des Lösungsanspruchs erlischt die Grundsuld; die Rangstelle wird frei.

2.) Abgetretener Rückgewähranspruch

a) Auch dann, wenn der Rückgewähranspruch - z. B. nach seiner Abtretung - einem Dritten zusteht, ergibt sich nichts anderes, soweit Rückübertragungsanspruch - der Inhaber des Rückgewähranspruchs erhält die Grundsuld - oder Lösungsanspruch - Erlöschen der Grundsuld - geltend gemacht werden.

b) Übt der Zessionar den Verzichtsanspruch aus, so ist das Ergebnis fraglich. Kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung (§§ 1192, 1168 BGB) wird die Grundsuld infolge des Verzichts zur Eigentümergrundsuld¹⁾.

In Hand des Zessionars hat der Verzichtsanspruch folgenden Inhalt: der Grundsuldgläubiger muß dem Grundbuchamt oder dem Eigentümer gegenüber die Verzichtserklärung abgeben (§ 1168 II BGB). Bei einer Briefgrundsuld muß er den Brief an den Zessionar herausgeben, wobei das Eigentum an dem Brief nach § 952 II BGB auf den Grundstückseigentümer übergeht. Auf die Briefherausgabe hat der Zessionar als Inhaber des Rückgewähranspruchs ein Recht, da dieser die Briefheraus-

1) vgl. auch Hieber, DNotZ 1958, S. 378 (380).

gabe umfaßt. Insoweit ist dann der Eigentümer als mittelbarer Besitzer, der Zessionar als unmittelbarer Besitzer anzusehen. Das bedeutet, daß die Grundsuld dem Eigentümer als Eigentümergrundsuld zusteht, der Brief dem Zessionar des Rückgewähranspruchs.

Fraglich ist nun, ob dem Zessionar an dieser Eigentümergrundsuld irgendwelche Rechte zustehen. Das ist wichtig für den Fall, daß bei der Grundsuld eine Löschungs Vormerkung eingetragen war: Da die Grundsuld durch den Verzicht Eigentümergrundsuld wird, tritt der durch die Vormerkung gesicherte Löschungsfall ein, Vereinigung von Grundsuld und Eigentum in einer Hand.

Hier sind zwei Fragen interessant: einmal die oben erwähnte, ob dem Zessionar überhaupt Rechte an der Eigentümergrundsuld zustehen, zum anderen, ob bejahendenfalls die Rechte des Zessionars Vorrang vor der Löschungs Vormerkung beanspruchen können.

aa. Möglicherweise weist der Rechtsgedanke der Vorschrift des § 1287 BGB einen Lösungsweg zur Beantwortung der ersten Frage¹⁾. Danach erwirbt der Gläubiger im Falle der gem. §§ 1281, 1282 BGB erfolgten Leistung des Schuldners den geleisteten Gegenstand und der Pfandgläubiger ein Pfandrecht an dem Gegenstand. Grundgedanke der Vorschrift ist, daß dann, wenn ein Gläubiger ein Pfandrecht an einer Forderung hat und diese Forderung gem. §§ 1281, 1282 BGB erfüllt wird, das Pfandrecht des Gläubigers sich an dem geleisteten Gegenstand fortsetzt (Surrogation). Unser Fall liegt in gewisser Weise ähnlich: der Zessionar hat zwar kein Pfandrecht an einer Forderung, sondern die Forderung selbst; er hat jedoch den Rückgewähranspruch als Sicherheit, wie ein Pfandrecht, erhalten und infolge Erfüllung des Rückgewähranspruchs durch Verzicht hat der Eigentümer als - ursprünglicher - Gläubiger ei-

1) im Falle eines Pfändungspfandrechts am Rückgewähranspruch entsteht dabei nach herrschender Meinung mit Rückübertragung der Grundsuld an den Eigentümer in analoger Anwendung der §§ 804 ZPO, 1287 BGB ein Ersatzpfandrecht an der Grundsuld - Serick, III, S. 247.

nen "Gegenstand", die Grundsuld als Eigentümergrundsuld, erhalten. Bei Übertragung des Gedankens des § 1287 BGB erwirbt der Zessionar dann im Augenblick des Verzichts ein Pfandrecht an der Eigentümergrundsuld.

Gegen diese Übertragung läßt sich aus den §§ 1291, 1274, 1154 BGB für Briefgrundsulden nichts einwenden; denn bei Ausübung des Verzichtsanspruchs durch den Zessionar erhält dieser den für das Entstehen des Pfandrechts an der Eigentümergrundsuld erforderlichen Besitz am Grundsuldbrief. Bei Buchgrundsulden ist nach §§ 1291, 1154 III, 873 BGB die Eintragung des Pfandrechts im Grundbuch erforderlich. Die Eintragung dieses Pfandrechts kann der Rückgewähranspruchszessionar durch Vorlage der Abtretungserklärung und Bewilligung des Eigentümers erreichen; auf letztere hat er aus dem Abtretungsvertrag einen Anspruch. Aus dem Einigungserfordernis (§ 1205 BGB) läßt sich kein Bedenken herleiten: in der Abtretung des Rückgewähranspruchs ist die Einigung über ein solches Pfandrecht als minus enthalten, denn wenn der Eigentümer schon mit dem Übergang der Grundsuld auf den Zessionar einverstanden ist, ist er erst recht mit einem Pfandrecht an einer ihm zufallenden Eigentümergrundsuld einverstanden. Das ist anders in den Fällen, in denen der Rückgewähranspruch auf den Verzichts- und Lösungsanspruch beschränkt ist; denn hier steckt in der - regelmäßig zum Zwecke der Sicherung des Zessionars erfolgenden - Abtretungserklärung keine Pfandrechtsbestellung als minus, da wegen der Beschränkung der Weisungsbefugnis von Anfang an klar ist, daß kein Übergang der Grundsuld auf den Zessionar stattfinden kann. In diesen Fällen läßt sich ein derartiges Ergebnis daher nur vermeiden, wenn neben der Abtretung des - eingeschränkten - Rückgewähranspruchs zugleich die Bestellung eines Pfandrechts an der zukünftig entstehenden Grundsuld vereinbart wird.

bb. Die weitere Frage ist, ob ein derart entstandenes Pfandrecht im praktischen Ergebnis der Löschungsvormerkung vorgeht. Das über § 1287 BGB - analog - erworbene Pfandrecht geht der Löschungsvormerkung vor, diese hat nicht die Kraft, das Entstehen einer belasteten

Eigentümergrundschuld zu verhindern¹⁾. Sowenig die Löschungsvormerkung die Abtretung des Rückgewähranspruchs zu verhindern vermag, sowenig kann sie das Entstehen eines Pfandrechts hindern. Daß dabei ein Verstoß gegen § 162 BGB vorliegen kann, berührt nicht die Rechte des Zessionars, sondern vermag allenfalls Schadensersatzansprüche des Vormerkungsberechtigten nach § 160 BGB zu begründen²⁾. Jedenfalls kann auch die Bestellung eines Pfandrechts an der künftigen Eigentümergrundschuld nicht als vormerkungswidrige Verfügung angesehen werden. Als solche kann nur die Verfügung über die bereits entstandene Eigentümergrundschuld gelten.

cc. Fraglich ist nur noch, ob ein solches Pfandrecht dem Zessionar überhaupt nützt, da nach § 1197 BGB der Eigentümer des belasteten Grundstücks die Zwangsvollstreckung aus der Eigentümergrundschuld nicht betreiben kann und diese Beschränkung eventuell auch den Pfandgläubiger trifft³⁾. Diese Frage zu stellen ist aber nur dann sinnvoll, wenn der Zessionar kraft seines Pfandrechts die Überweisung der Eigentümergrundschuld zur Einziehung betreibt⁴⁾. Denn wenn er sie sich an Zahlungsstatt übertragen läßt, entsteht eine Fremgrundschuld.

§ 1197 BGB besagt nicht, daß grundsätzlich die Zwangsvollstreckung aus der Grundschuld unmöglich ist, gibt keine Inhaltsbeschreibung der Eigentümergrundschuld, sondern benennt lediglich die Befugnisse des Eigentümers. Zweck der Vorschrift ist, eine Ausbeutung des Grundstücks durch den Eigentümer zu Lasten nachrangiger Grundpfandgläubiger zu verhindern, und dieser Zweck wird bei Zwangsvollstreckung durch den Pfandgläubiger in keiner Weise verhindert⁵⁾.

1) Hoche, NJW 1959, S. 413; Lent-Schwab, S. 260; Serick, II, S. 441.

2) Hoche, a. a. O.; Soergel-Baur, § 1179 Rdn 11 BGB.

3) so: OLG Düsseldorf NJW 1960, S. 1723 m. w. N.; Horber, NJW 1955, S. 184.

4) über das Verfahren vgl. Huber, S. 211 f.; Palandt-Degenhart, § 1197 Anm. 3b.

5) so: Huber, S. 212 ff.; Westermann, NJW 1960, S. 1723.

Der Zessionar erhält also in jedem Fall ein praktisch effektives, durchsetzbares Recht¹⁾.

3.) Das Ende des Rückgewähranspruchs

Offensichtlich bestehen zunächst zwei Möglichkeiten für das Erlöschen des Rückgewähranspruchs: einmal seine Erfüllung, die Rückgewähr, zum anderen befugte Verwertung der Grundschild.

a) Bezüglich des ersten Falles sind kaum Komplikationen denkbar: Hält sich für den Fall, daß der Eigentümer entsprechend seinem Weisungsrecht eine bestimmte Art und Weise der Rückgewähr verlangt, die Bank nicht an diese Weisung und gewährt die Grundschild auf andere Art zurück, so erlischt auf jeden Fall der Anspruch auf Rückgewähr der Grundschild durch Erfüllung. Möglicherweise macht die Bank sich jedoch schadensersatzpflichtig.

b) Bei dem Erlöschen des Rückgewähranspruchs durch befugtermaßen erfolgende Verwertung der Grundschild sind zwei Fälle zu trennen:

aa. einmal der Fall der Verwertung durch Versteigerung. Die Grundschild kann dann naturgemäß nicht zurückgewährt werden. Obwohl daraus an und für sich ein Erlöschen des Rückgewähranspruchs gefolgert werden könnte, nimmt die ganz h. M.²⁾ eine "Surrogation" an, d. h.: nunmehr richtet sich der Rückgewähranspruch statt auf die Grundschild auf den an Stelle der Grundschild getretenen Erlös. Ein solcher Anspruch kann als den Interessen des Eigentümers entsprechend und denen der Bank nicht widersprechend in der Tat als stillschweigend vereinbart angesehen werden. Dieser Erlös kann, soweit er nicht zur Deckung der Forderungen der Bank herangezogen ist, mit dem Rückgewähranspruch herausver-

1) a. A. offenbar: Hieber, a. a. O.

2) vgl. Huber, S. 186.

langt werden. Denn auch die Grundschild selbst konnte insoweit nicht herausverlangt werden, als sie zur Sicherung von Forderungen erforderlich war.

bb. Zum anderen ist der Fall der Veräußerung der Grundschild möglich. Huber¹⁾ nimmt an, der Rückgewähranspruch sei insoweit auflösend bedingt, so daß er nach Eintritt der Bedingung, der Veräußerung, erlösche. Eine andere Konstruktion ist jedoch vorzuziehen:

Grundsätzlich kann der Eigentümer die Rückgewähr der Grundschild verlangen; wenn diese nun veräußert wird, bleibt diese Verpflichtung zunächst bestehen, da lediglich der Bank die Rückgewähr zur Zeit (subjektiv) unmöglich ist²⁾. Erst wenn feststeht, daß die Bank zur Rückgewähr nicht imstande ist, tritt endgültige (subjektive) Unmöglichkeit der Rückgewähr ein²⁾. Folge ist die Möglichkeit eines Schadensersatzanspruches aus § 280 BGB. Ein solcher Anspruch scheitert jedoch, soweit die Veräußerung befugtermaßen vorgenommen wurde. Der Weg über §§ 325, 326 BGB (sofern überhaupt möglich) führt zu demselben Ergebnis.

Im Ergebnis heißt das: der Rückgewähranspruch erlischt bei (objektiver) Unmöglichkeit der Rückgewähr. Man wird dem Eigentümer jedoch auch hier - wie schon oben - einen Anspruch auf Herausgabe des Erlöses, soweit er nicht zur Deckung von Forderungen benötigt wird, zusprechen müssen (Surrogations-"Rückgewähr"-Anspruch).

1) Huber, S. 185.

2) zur Frage der vorübergehenden und dauernden Unmöglichkeit vgl. Palandt-Heinrichs, § 275, Anm. 4 m.w.N.

VI. Sicherung des Rückgewähranspruchs

1.) Eintragbarkeit und Notwendigkeit einer Vormerkung

a) Der Rückgewähranspruch stellt ein Recht dar, das sich auf Übertragung eines das Grundstück belastenden Rechts, auf Verzicht auf ein solches Recht oder auf Löschung richtet; er ist also "ein Anspruch auf Einräumung oder Aufhebung eines Rechts an einem Grundstück" (§ 883 BGB)¹⁾. Der Rückgewähranspruch kann daher durch die Eintragung einer Vormerkung gesichert werden²⁾.

Kein Bedenken ergibt sich nach hier vertretener Auffassung des Rückgewähranspruchs als eines Anspruchs, der eine Weisungsbefugnis beinhaltet. Auch die herrschende, den Anspruch als Wahlschuldverhältnis ansehende Meinung kommt zum selben Ergebnis, da hier ausnahmsweise ein Fall der Vormerkbarkeit eines Eventualanpruchs vorliege³⁾.

Auch ergibt sich kein Bedenken daraus, daß das Reichsgericht⁴⁾ eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Abtretung einer zukünftigen Eigentümergrundschild für unzulässig erklärt hat. Denn ein Anspruch bezüglich eines künftigen Rechts kann nur durch eine Vormerkung nach § 1179 BGB gesichert werden. Hier jedoch stehen gegenwärtige Rechtspositionen in Frage, die existente, eingetragene Grundschild und ein gegenwärtiger fälliger, allerdings noch einredebehafteter Anspruch auf Erwerb dieses Rechts. Dieser Anspruch kann durch eine Vormerkung gesichert wer-

1) Dempewolf, NJW 1957, S. 1257/8.

2) allg. Meinung: s. Huber, S. 186 m.w.N.

3) vgl. ausführlich: LG Düsseldorf NJW 1958, S. 673 mit Anm. Dempewolf; ebenso: Knöchlein, BifGBWR 58, 305 (307).

4) RG Z Bd. 145, S. 345.

den¹⁾.

Kein Bedenken ergibt sich schließlich daraus, daß so zwei verschiedene Vormerkungen bei derselben Grundschuld miteinander konkurrieren könnten: beide Vormerkungen betreffen verschiedene Rechte und gründen sich auf dem Inhalt und den Anspruchsgegnern nach verschiedene Ansprüche. Die Rückgewähranspruchsvormerkung betrifft ein gegenwärtig bestehendes Recht, die eingetragene Fremdgrundschuld; die Löschungsvormerkung dagegen - als Ausnahme von diesem Grundsatz des § 883 BGB²⁾ - bezieht sich auf ein zukünftiges Recht, die unter den Voraussetzungen des § 1163 BGB in Zukunft entstehende Eigentümergrundschuld. Die Rückgewähranspruchsvormerkung gründet sich auf den gegenwärtig bestehenden, unbedingten Anspruch aus dem Sicherungsvertrag zwischen Eigentümer und dem Grundschuldgläubiger, der auf Rückübertragung, Verzicht oder Löschung gerichtet ist; die Löschungsvormerkung beruht demgegenüber auf einer besonderen, eine Lösungsverpflichtung des Eigentümers für den Fall des Entstehens einer Eigentümergrundschuld begründenden Abrede zwischen Eigentümer und nachrangigem Grundpfandrechtgläubiger. Verpflichteter des durch die Rückgewähranspruchsvormerkung gesicherten Anspruchs ist der Grundschuldgläubiger als Sicherungsvertragspartner; der durch die Löschungsvormerkung gesicherte Anspruch richtet sich gegen den Eigentümer als Inhaber der künftigen Eigentümergrundschuld.

Zudem ist bei der Rückgewährvormerkung das betroffene Recht und sein Inhaber - gleichgültig, welcher Auffassung man folgt - schon im Grundbuch voreingetragen; bei der Löschungsvormerkung dagegen ist gerade charakteristisch, daß der Inhaber des betroffenen Rechts und dieses

1) vgl. Dempewolf, S. 21 ff.; Huber, S. 186; nach der großen Diskussion um diese Frage in den ausgehenden 50er Jahren konnte man sie schon als abgeschlossen betrachten, doch werden heute noch Entscheidungen gefällt, die sich diesen Einsichten verschließen: vgl. LG Karlsruhe NJW 71, 2032 m. Anm. Blumenthal.

2) vgl. Riedel, DNotZ 1956, S. 344 (346).

selbst noch nicht eingetragen ist¹⁾, d.h. daß die Löschungsvormerkung im Gegensatz zur Rückgewährvormerkung bei einem gar nicht betroffenen Recht eingetragen ist.

Eine Konkurrenz zwischen beiden Vormerkungen kann daher nie bestehen; sie betreffen ganz verschiedene Fälle²⁾.

b) Nach der hier vertretenen Auffassung ist die Eintragung der Vormerkung nach § 883 I 1 BGB möglich, da der Rückgewähranspruch, soweit er auf dem Sicherungsvertrag beruht, ein gegenwärtiger, fälliger und unbedingter schuldrechtlicher Anspruch ist. Soweit der Rückgewähranspruch auf § 1169 BGB beruht, ist er allerdings nicht durch Vormerkung sicherbar, da das nur bei schuldrechtlichen Ansprüchen möglich ist³⁾. Die in der Lehre vertretenen Auffassungen, die ihn als bedingten, betagten oder künftigen Anspruch ansehen, kommen zum selben Ergebnis über § 883 I 2 BGB. Nach § 883 II BGB bewirkt die Vormerkung die sog. relative Unwirksamkeit aller den vorgemerkten Anspruch beeinträchtigenden oder vereitelnden Verfügungen der Bank. Nach § 888 BGB ist der Eigentümer berechtigt, den Rückgewähranspruch auch gegen dritte Erwerber der Grundschuld durchzusetzen.

Wie solche dritte Erwerber werden auch Pfändungsgläubiger, § 883 II 2 BGB, und Konkurverwalter, § 24 KO, behandelt.

c) Die Eintragung einer Vormerkung verursacht Kosten. (Diese hat im Zweifel der Eigentümer zu tragen. Das folgt zwar nicht aus der Grundschuldbestellungs-Formular-Klausel: "Die Kosten dieser Urkunde und ihres Vollzugs trägt der Eigentümer"; denn diese betrifft selbst bei weitestgehender Auslegung nicht die Vormerkung. Das Ergebnis folgt aber aus allgemeinen Kostenregeln; vgl. insbesondere §§ 2, 66 KostO in Verbindung mit §§ 13 ff. GBO).

1) s. ~~Knieper~~, MDR 1971, S. 11; Lahnert, ZKW 1967, S. 950.

2) Dempewolf, NJW 1957, S. 1257 (1259).

3) vgl. Palandt-Degenhart, § 883 BGB, Anm. 3a.

Fraglich ist, ob die Aufwendung dieser Kosten überhaupt nötig ist, d. h., ob dasselbe Ergebnis wie oben geschildert nicht auf billigerem Weg möglich ist.

Bereits bei Erörterung der Grundlagen des Rückgewähranspruchs wurde der dingliche Charakter des § 1169 BGB betont. Auch bei Darstellung der Problematik des § 1157 BGB wird auf den durch diese Vorschrift erreichten dinglichen Schutz des einredeberechtigten Eigentümers hingewiesen werden. Reicht dieser Schutz nicht aus?

Huber¹⁾ ist der Auffassung, das sei nicht der Fall. Als erstes Argument führt er an, die Einrede aus dem Sicherungsvertrag könnte nach §§ 1157, S. 2, 894, 899 BGB erst dann im Grundbuch eingetragen werden, wenn sie entstanden sei, die Vormerkung schon vorher. Das ist unrichtig. Unten wird ausgeführt werden, daß die Einrede, wenn der Eigentümer seinen Verpflichtungen ordnungsgemäß nachkomme, schon bei Abschluß des Sicherungsvertrags entsteht und sofort eintragbar ist. Früher kann auch die Vormerkung nicht eingetragen werden.

Hubers zweites Argument: Nach § 1157, S. 1 BGB brauche sich der Grundschuldzessionar erst nach der Abtretung entstandene Einreden nicht entgegenhalten zu lassen; die Vormerkung verhindere dagegen den Rechtserwerb auch dann, wenn der durch sie gesicherte Anspruch erst nach dem Erwerb entstanden oder fällig geworden sei. Dieser gesicherte Anspruch ist der Rückgewähranspruch. Er entsteht nach hier vertretener Auffassung schon mit Abschluß des Sicherungsvertrags, ist jedoch während der Valutierung einredebehaftet. Richtig ist, daß der Rückgewähranspruch nicht über § 1157 BGB geltend gemacht werden kann, wenn bei der Abtretung die Einrede der Bank noch nicht bestand. Das ist tatsächlich nur über eine Vormerkung möglich. Hubers Vergleich hinkt jedoch: die Vormerkung verhindert einen Rechtserwerb; der § 1157 BGB betrifft Einreden gegen ein erworbenes Recht. Beides läßt sich so jedenfalls nicht vergleichen. Entscheidender Gesichtspunkt ist hier, ob der

1) Huber, S. 187.

Effekt des über § 1157 BGB und des über eine Vormerkung erreichbaren Schutzes gleichwertig ist. Insofern ist folgendes zu beachten: über § 1157 BGB kann nur die Einrede der ordnungsgemäßen Erfüllung der persönlichen Forderung dem Grundschuldzeessionar entgegengesetzt werden, die Rückgewähr von ihm also nur erreicht werden (§ 1169 BGB), wenn die Forderung ständig ordnungsgemäß erfüllt wird. Wird dagegen die persönliche Forderung irgendwann nicht ordnungsgemäß erfüllt, so geht im selben Augenblick die Einrede unter, die Rückgewähr wird unerreikbaar. Besteht dagegen eine Vormerkung, so bleibt der Rückgewähranspruch ständig gesichert und - bei Erreichung der dafür erforderlichen Voraussetzungen - durchsetzbar. Insofern ist der Schutz durch die Vormerkung größer.

Die Vormerkung ist also zum umfassenden Schutz des Eigentümers durchaus nicht überflüssig.

2.) Erzwingbarkeit einer Vormerkungseintragung

Die Vormerkung wird dann eingetragen, wenn der Inhaber des betroffenen Rechts die Eintragung bewilligt oder der Eigentümer eine die Eintragung anordnende einstweilige Verfügung erwirbt (§ 885 BGB).

Die Bewilligung der Bank wird oft nur schwer zu erlangen sein. Denn die Vormerkung beseitigt die schnelle Verwertbarkeit der Grundschuld, da sich nur selten ein Abnehmer des vormerkungsbelasteten Rechts finden wird¹⁾.

a) Fraglich ist zunächst, ob die Bank Inhaberin des betroffenen Rechts ist²⁾. Die Vormerkung ist ein dem Schutz schuldrechtlicher Ansprüche dienendes

1) zu weiteren Bedenken: Huber, S. 187/8; Wörbelauer, NJW 1958, S. 171.

2) vgl. dazu Dempewolf, S. 13 ff.

Sicherungsmittel eigener Art mit gewissen dinglichen Wirkungen gegen Dritte¹⁾; sie sichert einen schuldrechtlichen Anspruch auf ein dingliches Recht, in diesem Falle auf die Grundsuld. "Betroffen" i. S. d. §§ 885 BGB, 19, 29 GBO ist immer der, der materiell Inhaber des dinglichen Rechts ist, das Gegenstand des vorzumerkenden Anspruchs ist, das also durch diesen auf Änderung eben dieses Rechts gerichteten Anspruchs betroffen ist. Inhaber dieses dinglichen Rechts ist die Bank als Grundsuldgläubigerin. Ihr Verfügungsrecht über die Grundsuld soll mit dinglicher Wirkung, allerdings nur relativ, beschränkt werden. Folgerichtig ist für die Eintragung der (relativ) verfügungsbeschränkende Wirkungen erzeugenden Vormerkung die Bewilligung des Verfügungsbeschränkten als Betroffenen erforderlich, also der Bank. Die Vormerkung sichert einen Anspruch auf Rückgewähr, leitet seine Verwirklichung schon in die Wege. Wie immer diese auch erfolgt, nötig ist immer eine entsprechende Erklärung der Bank, die Schuldnerin des gesicherten Anspruchs ist²⁾.

b) Es muß daher gefragt werden, ob der Eigentümer die Bewilligung der Bank erzwingen kann.

Dabei kommt zunächst ein klagbarer Anspruch auf Bewilligung infrage. Nach einer in der Literatur vertretenen Auffassung³⁾ hat jeder, dem ein vormerkungsfähiger Anspruch zusteht, ein klagbares Recht auf Bewilli-

1) RG Z Bd. 151, S. 392.

2) so: LG Braunschweig NJW 1957, S. 469; OLG Düsseldorf NJW 1957, S. 1282; OLG Frankfurt NJW 1957, S. 1283; OLG Celle NJW 1957, S. 1481; ebenso: LG Karlsruhe m. Anm. Bruhn DtRPfl 1957, S. 81; AG Hannover DtRPfl 1957, S. 21; Dempewolf, NJW 1957, S. 1257; a. A. z. B.: Ripfel, DNotZ 1957, S. 518; Wörbelauner, NJW 1957, S. 898.

3) Staudinger-Seufert, § 885, Anm. 4; Wolff-Raiser, § 48 II; Friese, DNotZ 1955, S. 243; Müller, KTS 1962, S. 201.

gung. Dem kann nicht zugestimmt werden¹⁾. Eine vormerkungsfähige Forderung gibt primär einen Anspruch auf die danach geschuldete Leistung, hier also die Rückgewähr. Die Forderung gibt jedoch nicht zugleich einen Anspruch auf ihre Sicherung durch Vormerkung. Dieser kann nur aus einem besonderen Sicherungsvertrag erwachsen.

Eine solche besondere Abrede könnte aus Ziff. 19 VII AGB in Verbindung mit der Präambel der AGB (sofern diese gelten) herzuleiten sein. Danach ist die Bank, die mit dem Kunden ein Vertrauensverhältnis verbindet, zur Freigabe von Über-Sicherungsmitteln verpflichtet.

Einerseits ist die Treuepflicht der Bank gegenüber dem Eigentümer zu berücksichtigen: der Eigentümer kann dann, wenn er keine Möglichkeit hat, eine Vormerkung bewilligt zu erhalten, eventuell den Rückgewähranspruch nicht mehr als Kreditunterlage verwenden. Doch könnte man annehmen, daß die Offenlegung der Abtretung gegenüber der Bank im Regelfall den Erwerber des Rückgewähranspruchs ebenso gut schützt wie die Vormerkung, die auf ihn nach § 401 BGB analog übergeht²⁾. Denn eine Bank wird im Regelfall die Grundsuld dann an den Zessionar des Rückgewähranspruchs zurückgewähren. Doch kann es im Ausnahmefall geschehen, daß das infolge eines Versehens versäumt wird und die Grundsuld an den Eigentümer zurückgewährt wird, der sofort weiter darüber verfügt. Ein eventueller Schadensersatzanspruch nützt dem Zessionar dann wenig, zumindest weniger als die Grundsuld.

Das ist jedoch wohl ein echter Ausnahmefall. Bei einer Bank als Grundschuldgläubigerin wird im Normalfall der Rückgewähranspruch ohne weiteres als Kreditunterlage verwendet werden können. Weiterhin ist zu bedenken, daß der Bank keine Sicherheitenhingabe im Sinne der Hingabe

1) Palandt-Degenhart, § 885 Anm. 1; Westermann, § 84 II; Henseler, AcP Bd. 166, S. 409; Scholz, Festschrift Möhring, S. 419; Knöchlein, BfGBWR 1958, S. 305; Hieber, DNotZ 1958, S. 378; Ripfel, DNotZ 1957, S. 518.

2) vgl. Palandt-Heinrichs, § 401 Anm. 2.

eines Vermögensbestandteils zugemutet wird, sondern lediglich die Hingabe einer vorläufigen Sicherung dergestalt, daß sie in ihrer Verpflichtungsbefugnis - allerdings auch ein Vermögensbestandteil - relativ beschränkt wird. Diese Einschränkung gewinnt jedoch nur bei treuwidrigen Verfügungen Bedeutung, die aus der Treuepflicht sowieso untersagt sind.

Der Bank wird also wenig abverlangt.

Andererseits ist das Treueverhältnis nicht einseitig; auch dem Eigentümer obliegen Treuepflichten und damit die Pflicht zur Rücksichtnahme auf berechnigte Interessen der Bank. Diese will für den Fall der Verwertbarkeit der Grundschuld durch Abtretung nicht erst, da sich für das vormerkungsbelastete Recht kein Abnehmer finden wird, gezwungen sein, die Vormerkung mit der Begründung löschen zu lassen, der Rückgewähranspruch sei durch Eintritt des Verwertungsfalles entfallen¹⁾ - sofern das überhaupt ein taugliches Argument ist, denn der Rückgewähranspruch erlischt nicht mit dem Eintritt des Verwertungsfalles. Außerdem - und das ist ein wichtiges Kriterium für die Bank - will die Bank nicht um den nach Versteigerung des Grundstücks für den Eigentümer und die Bank hinterlegten Erlös (§§ 119, 120 ZVG analog)²⁾ notfalls im Klagewege kämpfen müssen. Auf diese Weise erscheint zudem die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung im Ergebnis vollkommen wirkungslos, da die Bank um den hinterlegten Betrag kämpfen muß und keineswegs die gewollte sofortige Befriedigung erlangt. Nach alledem scheinen die Interessen der Bank Vorrang zu haben.

Aus der Ziff. 19 VII AGB in Verbindung mit deren Präambel läßt sich daher kein klagbarer Anspruch auf Vormerkungsbewilligung gegen die Bank herleiten.

Man kann erst recht nicht soweit gehen und aus dem bei jeder Sicherungsgrundschuld-Bestellung vorliegenden Treuhandverhältnis, dem eine fi-

1) Huber, S. 188.

2) s. RG Z Bd. 145, S. 343; Jäckel-Güthe, § 120, 2.

ducia zugrundeliegt, folgern, daß deshalb der Treunehmer zur Bewilligung einer Vormerkung verpflichtet ist¹⁾. - Soweit geht das Treuhandverhältnis nicht (wenn bei der Grundsuld überhaupt eines vorliegt²⁾.

c) Weiter kommt eine einstweilige Verfügung in Betracht.

Dempewolf³⁾ ist der Auffassung, eine solche komme schon deswegen nicht infrage, weil kein klagbarer Anspruch auf eine Vormerkung bestehe. § 885 BGB bilde insoweit, als eine Gefährdung des zu sichernden Anspruchs wegen des Eintragungsgrundsatzes sowieso jederzeit bestehe und daher nicht dargetan zu werden brauche⁴⁾, eine Ausnahme lediglich von dem Erfordernis der §§ 935, 940 ZPO. Auf das allgemeine Erfordernis eines klagbaren Anspruchs werde jedoch nicht verzichtet. Dieser sei aber nur gegeben, wenn in einem besonderen Sicherungsvertrag die Bewilligung einer Vormerkung versprochen worden sei! Die Existenz eines vormerkbaren Anspruchs bedeute nicht Bestehen eines Anspruchs auf Vormerkungseintragung⁵⁾.

Dem kann nicht zugestimmt werden. Aus dem Wortlaut des § 885 BGB - "Eintragung einer Vormerkung erfolgt aufgrund einer einstweiligen Verfügung ..." -, ist zu schließen, daß das Gesetz als "Streitgegenstand" im Sinne des § 935 ZPO nicht den - hier nicht bestehenden - Anspruch auf Vormerkung, sondern den durch eine Vormerkung zu sichernden (hier: Rückgewähr-) Anspruch ansieht. Denn diese einstweilige Verfügung soll gerade die über eine Bewilligung nicht erreichbare Vormerkungseintragung zur Sicherung des gefährdeten vorzumerkenden Anspruchs ermöglichen. Vorläufig gesichert werden soll nicht ein Anspruch auf Vormerkungseintragung, sondern der "Anspruch auf Einräu-

1) ebenso: Scholz, S. 366.

2) s. Huber, S. 254 ff.

3) Dempewolf, S. 19.

4) vgl. § 885 I 2 BGB und Palandt-Degenhart, § 885 Anm. 2 b.

5) ebenso: Dempewolf, NJW 1957, S. 1257 (1259); ders. BfGBWR 1956, S. 311 (313); im Ergebnis ebenso: Müller, KTS 1962, S. 201/2; Ripfel, DNotZ 1957, S. 518 (523).

mung oder Aufhebung eines Rechts am Grundstück". Auch die Formulierung des § 885 II BGB - "Bei der Eintragung kann zur näheren Bezeichnung des zu sichernden Anspruchs auf die einstweilige Verfügung Bezug genommen werden" - läßt auf dasselbe schließen, denn die einstweilige Verfügung bewirkt die Eintragung der Vormerkung und damit des durch diese zu sichernden Anspruchs. Dies ist aber der Rückgewähranspruch, der ein klagbares Recht ist. Zudem stellt die einstweilige Verfügung eine vorläufige Vollstreckungsmaßregel von hoher Hand aufgrund öffentlich-rechtlicher Befugnis dar, erfordert daher keine privatrechtliche Duldungspflicht des Betroffenen¹⁾.

Das weitere Bedenken, daß nach ganz herrschender Auffassung²⁾ künftige Ansprüche nicht durch einstweilige Verfügung erzwingbar sind (Argument: §§ 916, 926 ZPO), taucht nach hier vertretener Auffassung nicht auf: der Rückgewähranspruch ist ein gegenwärtiger, unbedingter, fälliger Anspruch und damit durch die Vormerkung aufgrund einstweiliger Verfügung sicherbar³⁾.

Fraglich ist, ob in allen Fällen, in denen sich der Eigentümer der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen hat, ein vertraglicher Ausschluß der gesetzlichen Befugnis zur Erzwingung einer Vormerkung anzunehmen ist⁴⁾.

Fraglich ist schon, ob eine "Wertminderung" der Unterwerfung durch die Vormerkung so wesentlich wäre, daß ein - konkludenter! - vertrag-

1) im Ergebnis ebenso: Palandt-Degenhart, § 1191 Anm. 3 e bb; Huber, S. 139; Hieber, DNotZ 1958, S. 378 ff.; Scholz, S. 366.

2) vgl. Palandt-Degenhart, § 885 Anm. 2 b m.w.N.

3) auch Palandt-Degenhart, § 1191 Anm. 3 e bb hält an seiner in der 28. Aufl. vertretenen gegenteiligen Auffassung nicht mehr fest; a.A. von seiner Auffassung des Rückgewähranspruchs als künftigen Anspruch her: Wörbelauer, NJW 1957, S. 898 (900/1).

4) Huber, S. 189/190; Palandt-Degenhart, § 1191 Anm. 3 e bb.

licher Verzicht auf eine Vormerkung anzunehmen ist. Bereits oben wurde festgestellt, daß den Interessen der Bank der Vorrang gegenüber denen des Eigentümers einzuräumen ist, soweit es um einen Anspruch des Eigentümers auf Eintragung einer Vormerkung geht. Zu bedenken ist jedoch andererseits, daß auch durchaus schützenswerte Interessen des Eigentümers bestehen. Weiterhin hindert die Eintragung einer Vormerkung nicht die Durchführung der Zwangsvollstreckung. Auch eine analoge Anwendung der für bedingte Rechte geltenden Regeln der ZVG auf den vormerkungsgesicherten Rückgewähranspruch, insbesondere der §§ 9, 120 ZVG, kommt bei der Zwangsvollstreckung aus der Grundsuld nicht infrage, da diese Vormerkung keinen Anspruch auf Neubestellung eines dinglichen Rechts, auf eine neue, selbständige Belastung des Grundstücks sichert, sondern lediglich auf Übertragung, Aufhebung, Änderung eines bestehenden Rechts¹⁾. Eine Vormerkungseintragung behindert also die Zwangsvollstreckung nicht, eine wesentliche Entwertung der Unterwerfungsklausel durch die Vormerkung tritt nicht ein. Schon aus diesem Grunde entfällt die Annahme eines vertraglichen Verzichts auf Erzwingung der Vormerkung.

1) BGH Z Bd. 53, S. 47 ff.

VII. Die Bedeutung des § 1157 BGB für die Grundschild (zugleich:
Eintragbarkeit des Sicherungszwecks ins Grundbuch?)

1.) Eintragbarkeit des Sicherungszwecks über §§ 1157, 892 BGB

Grundsätzlich kann bei nicht-akzessorischen Sicherungsrechten (Sicherungsübereignung oder Zession) der Eigentümer im Falle einer Veräußerung des Sicherungsrechts dem Erwerber keinerlei Einreden aus dem Sicherungsvertrag entgegenhalten; das Sicherungsrecht ist vollkommen unabhängig von allen schuldrechtlichen Abreden. Diese wirken ausschließlich zwischen den Parteien.

Auch die Grundschild ist eine nicht-akzessorische (im Gegensatz zur akzessorischen Hypothek) Sicherheit. Ihre grundsätzliche Unabhängigkeit von allen bei ihrer Bestellung getroffenen schuldrechtlichen Abreden könnte jedoch infolge der Vorschrift des § 1157 BGB entfallen.

Inhalt dieser Vorschrift ist, daß bei Abtretung einer Hypothek dem neuen Hypothekengläubiger auch Einreden aus einem zwischen altem Hypothekengläubiger und Eigentümer bestehenden, persönlichen Rechtsverhältnis entgegengesetzt werden können. Das gilt nicht, wenn der neue Gläubiger gutgläubig im Sinne des § 892 BGB war. Dieser gute Glaube kann durch Eintragung der Einrede ins Grundbuch zerstört werden (§ 1157, S. 2 BGB).

a) Ist diese Vorschrift auf die Grundschild anwendbar?

Da für die Einreden aus der Hypothekenforderung und dem ihr zugrundeliegenden Rechtsverhältnis bereits die Vorschriften der §§ 1137, 1138 BGB gelten, kann sich die Regelung des § 1157 BGB nur auf Einreden aus besonderen persönlichen Vereinbarungen zwischen Eigentümer und Hypothekar beziehen. § 1157 BGB beruht also nicht auf der Forderungsabhän-

gigkeit der Hypothek und ist daher auch für die Grundschild anwendbar¹⁾.

b) Fraglich ist nur, welche Absprachen der Erwerber einer Grundschild kennen muß, damit er als bösgläubig i. S. d. § 1157 BGB angesehen und ihm Einreden gegen die Grundschild entgegengehalten werden können. Die Frage konzentriert sich zunächst angesichts der über § 1157, S. 2 BGB erreichten Anwendung der §§ 892 ff. BGB darauf, welche Absprachen Eingang ins Grundbuch finden können, da bei Eintragung von Gegenrechten der Grundschildzessionar sicher bösgläubig ist.

aa. Eine Eintragung des Sicherungszwecks wird von der h. M.²⁾ mit folgender Argumentation abgelehnt:

Es gehe nicht eigentlich um die Eintragbarkeit der kompletten Zweckklärung, des genauen Sicherungsvertrages, sondern - um das Grundbuch übersichtlich zu gestalten - um die Eintragbarkeit eines Vermerks, der die Grundschild als Sicherungsgrundschild bezeichne und im übrigen auf die Grundschildbewilligung verweise, in der der wesentliche Inhalt des Sicherungsvertrages stehe. (Es gehe dabei um die Frage der Eintragbarkeit des Sicherungsvertrages, des Sicherungszwecks, von Anfang an oder während der laufenden Geschäftsverbindung). Die Kennzeichnung als Sicherungsgrundschild bedeute praktisch nichts anderes als das, daß der Gläubiger die Grundschild nur insoweit in Anspruch nehmen dürfe, als ihm Geldforderungen gegen den Besteller oder einen Dritten zustehen, oder anders ausgedrückt, daß an den Gläubiger "eine bestimmte Geldsumme zur Befriedigung wegen einer Forderung" zu zahlen sei³⁾. Wolle man eine derartige Eintragung der Grundschild zulassen, so stünde damit letztlich der

1) allg. Meinung: vgl. z. B. Palandt-Degenhart, § 1157 Anm. 1 b; vgl. auch Protokolle IV 497, wo zuerst nahezu alle heutigen Hypothekenregeln für die Grundschild aufgestellt waren, u. a. auch § 1157 BGB, im ursprünglichen § 1138 V; vgl. Heck, S. 412.

2) Huber, S. 140 m. w. N.

3) vgl. Huber, S. 139.

Sicherungsvertrag, eine schuldrechtliche Abrede, im Grundbuch. Schuldrechtliche Absprachen seien jedoch grundsätzlich nicht eintragbar, da im Grundbuch nur dingliche Rechte mit ihrem im Gesetz geregelten Inhalt eingetragen werden könnten¹⁾. Würde man dennoch die Grundsuld als "Sicherungsgrundsuld" o.ä. eintragen, so bedeutete das, daß der Sicherungscharakter Inhalt des dinglichen Rechts wäre. Das könne er jedoch gerade nicht sein; das dingliche Recht, das seinem Inhalt nach auf Befriedigung aus dem Grundstück wegen einer Forderung gerichtet sei, sei die Hypothek, § 1113 BGB. Insoweit könne die Grundsuld nicht als "Sicherungsgrundsuld" eingetragen werden, da dann ein materiell-rechtlich als Hypothek definiertes Recht als Grundsuld eingetragen würde.

bb. Demgegenüber ist jedoch zu beachten, daß nach §§ 1192, 1157, 894 899 BGB aufgrund einer "Einrede, die dem Eigentümer aufgrund eines zwischen ihm und dem bisherigen Gläubiger bestehenden Rechtsverhältnisses gegen die Grundsuld zusteht" ein Widerspruch ins Grundbuch eingetragen werden kann.

(a) Fraglich ist, welche Einreden (speziell: Welche Einreden gegen die Grundsuld) nun über § 1157 BGB Eingang ins Grundbuch finden können. Das KG hat in zwei Entscheidungen²⁾ dazu Stellung genommen:

Eine Einrede i.S.d. § 1157 BGB könne nur eine Einrede eines bestimmten Eigentümers gegen einen bestimmten Grundsuldgläubiger sein, eine solche bestehe aber nicht, solange nicht die endgültige Nichtvalutierung feststehe. Zudem widerspreche die Eintragung des Sicherungszwecks als solchem dem numerus clausus dinglicher Rechte.

Einen ebensolchen Unterschied zwischen der Eintragung eines Rechtsverhältnisses und der einer Einrede hat auch das OLG München³⁾ gemacht

1) Staudinger-Seufert, § 873 Anm. 22 ff.

2) KG J Bd. 35, S. 310, KG JW 1932, S. 1759.

3) JFG Bd. 16, S. 291.

und erstere - es handelte sich um die Eintragung der Treuhänder-eigenschaft des Grundschuldgläubigers - für unzulässig erklärt.

Im Anschluß an diese Entscheidungen steht die h.M.¹⁾ auf dem Standpunkt, die Eintragung von Einreden sei nur insoweit zulässig, als diese nicht gegen das Wesen der Grundschuld verstieße; ein solcher Verstoß liege insbesondere vor, wenn es um die Eintragung des Sicherungszwecks i.S. der Möglichkeit künftiger Nichtvalutierung gehe.

Demgegenüber weist eine in der Literatur vertretene Auffassung²⁾ darauf hin, daß nach klarer Anordnung des § 1157 BGB jede Einrede gegen die Grundschuld eingetragen werden könne; der Sicherungszweck sei jedoch keine Einrede, sondern lediglich schuldrechtliche Abrede.

Dazu ist folgendes zu sagen:

Der Weg zur richtigen Anwendung des § 1157 BGB wird eröffnet über die Klärung der Rolle der Vorschrift im System der Einwendungen und Einreden des Rechts der Grundpfandrechte.

Die erste Gruppe dieser Verteidigungsmittel des Eigentümers wird gebildet durch die "Einwendung", dem Gläubiger stehe das Grundpfandrecht mangels Entstehen, wegen Erlöschen oder Übergang auf einen anderen nicht zu. Die zweite Gruppe sind die Einreden des § 1137 BGB, die man auch als "Bürgschaftseinreden" bezeichnen könnte³⁾. Zu der dritten Gruppe schließlich gehören die Einreden des § 1157 BGB. Es sind dies die Einreden des Eigentümers als solchem gegenüber dem Gläubiger; gegenüber der ersten Gruppe unterscheiden sich diese Einreden dadurch, daß sie nicht den Bestand des dinglichen Rechts, sondern nur dessen Geltendmachung betreffen, von der zweiten Gruppe dadurch, daß es sich hier um Eigeneinreden des Eigentümers als solche handelt und nicht um bürgschaftsähnliche, also auf die persönliche Forderung bezogene Einreden des Eigen-

1) vgl. Zenker, S. 13 m.w.N.

2) vgl. Huber, S. 140; wohl auch Serick II, 424; Westermann, § 114 II 2; Baur, S. 404/5.

3) vgl. Baur, S. 347.

tümers, die quasi aus fremdem Recht stammen¹⁾.

Indem § 1157 BGB die Möglichkeit der Geltendmachung dieser Eigeneinreden auch gegenüber dem Sonderrechtsnachfolger des Gläubigers eröffnet, erfüllt er ähnliche Funktionen wie § 404 BGB. Diese Vorschrift ist nicht etwa über § 413 BGB auf die Grundpfandrechte anwendbar²⁾; denn einerseits schließt § 1157 BGB als Sondervorschrift die Anwendung der §§ 413, 404 BGB aus - § 413 BGB: "...soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt" - ³⁾, zum anderen verbietet die Abstraktheit der Grundpfandrechte eine Anwendung des § 404 BGB auf die Eigeneinreden⁴⁾.

Indem § 1157 BGB dem Eigentümer seinen Rechtsstatus hinsichtlich der Eigeneinreden erhält, ist seine Funktion der des § 404 BGB ähnlich⁵⁾. Der Grund dafür ist die praktische Erwägung, daß der Eigentümer nicht schutzlos sein darf angesichts dessen, daß er auf eine Abtretung der Grundsuld keinen Einfluß hat, und insofern dem Schuldner einer persönlichen Forderung gleichsteht. Dieser Gesichtspunkt des Eigentümerschutzes durch § 1157 BGB spielt auch in der Geschichte der Vorschrift eine wesentliche Rolle. Während die 1. Kommission⁶⁾ Einreden aus persönlichen Verhältnissen grundsätzlich nicht zulassen wollte, setzte sich in der 2. Kommission der Standpunkt durch, der Verkehr verdiene da keinen Schutz und Vorrang vor den Interessen des Eigentümers, wo der Sondernachfolger die Existenz von Einreden beim Erwerb kenne⁷⁾. Für

1) vgl. dazu Huber, BB 1970, S. 1233 in der - ablehnenden - Anmerkung zu OLG Köln, ebenda; Huber, S. 135, 143; Serick II, S. 412.

2) so aber: Staudinger-Scherübl, § 1157, Anm. 8; in der Tendenz auch: RG Z 91, 225.

3) Huber, S. 144.

4) Zenker, S. 23; Huber, S. 135.

5) Palandt-Degenhart, § 1157, Anm. 1 a; jedoch nur seine Funktion; nicht aber wird § 404 BGB für die Grundsuld durch § 1157 BGB bestätigt, sondern gerade abbedungen (Lopau, JuS 1972, S. 502, 503/4).

6) Motive, Bd. 3, S. 701.

7) Protokolle, Bd. 3, S. 584.

die Grundsschuld kommt der Vorschrift besondere Bedeutung zu, indem sie dem Eigentümer die sicherungsvertraglichen Einreden erhält¹⁾.

Die Bedeutung des § 1157, S. 2 BGB liegt nun im folgenden: zum einen erstreckt die Vorschrift die Gutglaubenswirkung des Grundbuchs auch auf die Eigeneinreden, zum anderen verweist sie den Eigentümer zur Sicherung seiner Rechte auf den Widerspruch und die Grundbuchberichtigung, § 894, 899 BGB. Auch § 1157 S. 2 BGB durchbricht - wie § 1157 S. 1 BGB das Abstraktheitsprinzip - die Systematik des Gesetzes: die schuldrechtlich begründeten Eigeneinreden werden Regeln für dingliche Rechte unterworfen.

§ 1157 BGB beruht in seiner Gesamtheit auf praktischen Erwägungen: Satz 1 trägt dem Rechtsstatus-Erhaltungs-Interesse des Eigentümers Rechnung, Satz 2 dem Verkehrsinteresse potentieller Grundpfandrechts-Zessionare, soweit sie gutgläubig sind; zugleich aber gibt Satz 2 dem Eigentümer ein Mittel, einen solchen gutgläubigen Erwerb zu verhindern²⁾. Wenn man diese Funktionen des § 1157 BGB beachtet, ist das richtige Verständnis von Einzelfragen der Vorschrift leicht zu finden.

Zunächst bestimmt § 1157 BGB die Möglichkeit der Geltendmachung von Eigeneinreden auch gegenüber dem Zessionar. Dies gilt jedoch nur für Eigeneinreden, die dem Eigentümer schon gegenüber dem alten Gläubiger zustanden, also schon vor der Abtretung "entstanden" sind; nur dann kann der Eigentümer diese "auch" dem Zessionar entgegenhalten³⁾. Insofern unterscheidet sich § 1157 BGB von § 404 BGB, der auch lediglich "be-gründete" Einreden erfaßt⁴⁾. Dieser Unterschied ergibt sich aus der Funktion des § 1157 BGB: Erhaltung des Rechtsstatus des Eigentümers unter Berücksichtigung des Verkehrsinteresses. Zum Rechtsstatus ge-

1) vgl. RG Recht 1908, Nr. 1984 unter Hinweis auf die Reichstagsdenkschrift, S. 221.

2) Zenker, S. 27.

3) Huber, S. 143; Serick, II, 424, 432; Zenker, S. 29.

4) Huber, S. 144.

hören jedoch nicht potentielle, eventuell in Zukunft entstehende, wenn auch schon im Kern begründete Einreden. Nur solche Einreden gehören zum erhaltenswerten Rechtsstatus des Eigentümers, die jetzt schon dem Gläubiger entgegengehalten werden könnten.

Diese entstandenen Eigeneinreden aber können nach § 1157 BGB dem Zessionar entgegengehalten werden, gleichgültig ob sie eingetragen sind oder nicht¹⁾, gleichgültig ob sie schon im Augenblick der Eintragung entstanden oder erst später, wenn nur die Voraussetzungen des § 894 BGB erfüllt sind.

Dieser Ausnahmecharakter des § 1157 BGB hat früher die Erkenntnis der Bedeutung der Drittwirkung der Eigeneinreden erschwert²⁾. Aus dem Zusammenhang der beiden Sätze des § 1157 BGB kann man nur folgende, systematisch wie dogmatisch befriedigende Lösung finden:

Den Eigeneinreden i. S. d. § 1157 BGB wird durch diese Vorschrift dingliche Wirkung beigelegt, sie werden in diesem Rahmen dinglich wirkenden Einreden - wie etwa der fehlenden Fälligkeit der Grundsuld, § 1193 BGB - gleichgestellt³⁾. Die Existenz einer Eigeneinrede hat unmittelbar Auswirkung auf die dingliche Rechtslage, wie die durch § 1157, S. 2 BGB angeordnete Gutglaubenswirkung des Grundbuchs hinsichtlich der Eigeneinreden sowie die Anwendbarkeit der §§ 894, 899 BGB auf diese beweist⁴⁾. So wird der obligatorische Rechtsstatus des Eigentümers dinglich geschützt, verdinglicht, auch ohne daß eine Verlautbarung im Grundbuch erforderlich wäre⁵⁾.

Die von § 1157 S. 2 BGB angeordnete direkte Anwendung der §§ 892 ff. BGB bedeutet, daß § 1157 BGB nicht die Anwendbarkeit des § 892 BGB fin-

1) Zenker, S. 30.

2) vgl. KG J Bd. 33, S. 258; Zenker, S. 31.

3) vgl. Kramer, S. 59/60.

4) ebenso: Lopau, JuS 1972, S. 502 (503/4).

5) so im Ergebnis auch: Lopau, a. a. O.; Huber, S. 143; Kramer, a. a. O.; Münstermann, S. 43; Zenker, S. 32; wohl auch Serick, II, S. 412; Riedel, DNotZ 1954, S. 454; vergleiche auch Mugdan III, S. 391.

giert, sondern lediglich klarstellt, daß die persönlichen Einreden dingliche Kraft haben. Diese Anwendung der §§892 ff. BGB auf die Eigeneinreden zeigt, daß das Grundbuch unrichtig ist, wenn es die Existenz von Eigeneinreden nicht verlautbart¹⁾; denn nach der ratio des § 1157 BGB liegt eine Änderung des materiellen Inhalts der Grundsuld gegenüber dem formellen Ausweis des Grundbuchinhalts auch beim Bestehen persönlicher Einreden vor²⁾. Zugunsten des gutgläubigen Rechtsverkehrs gilt das Grundbuch in diesem Falle jedoch als richtig, §§ 1157, S. 2, 892 BGB. Der Eigentümer hat demgegenüber die Möglichkeit, eine solche Gutgläubigkeit durch Eintragung eines Widerspruchs oder durch Grundbuchberichtigung zu verhindern. Die Eigeneinreden sind demzufolge eintragungsfähig, und zwar ohne jegliche Ausnahme - etwa wegen angeblicher Unvereinbarkeit der Einredeneintragung mit der Nicht-Akzessorietät der Grundsuld - und unabhängig vom Zeitpunkt ihres Entstehens, also auch schon zugleich mit Eintragung der Grundsuld selbst³⁾.

(b) Entscheidend für die Beantwortung der Frage, ob der Sicherungsvertrag selbst oder welche Einzelabreden hieraus ins Grundbuch Eingang finden können, ist demnach der Einredecharakter der Abreden; denn § 1157 BGB sichert nur den Erhalt des Status der Rechte des Eigentümers, der Eigeneinreden.

Eine Einrede ist ein subjektives Recht, das die Befugnis enthält, der Geltendmachung eines bestehenden Rechts zu widersprechen⁴⁾. Diese Befugnis bedeutet eine Einschränkung des betroffenen Rechts, die von der Ausübung der Einrede abhängt.

Keine Einrede ist demnach das obligatorische Rechtsverhältnis, aus dem die subjektiven Rechte der Einreden lediglich folgen. Keine Einrede sind ebenfalls die aus diesem Schuldverhältnis fließenden Ansprüche, die nicht

1) Huber, a. a. O.; Stockmayer, S. 32; Lopau, a. a. O.

2) Kramer, a. a. O.

3) vgl. Lopau, a. a. O.; Zenker, S. 34/5; Kramer, a. a. O.; Huber, S. 140 f. m. w. N.

4) Enneccerus-Nipperdey, § 226 I; Lopau, a. a. O.; Zenker, S. 36 m. w. N.

auf Verhinderung eines Rechts eines anderen, sondern auf Durchsetzung eigener Rechte gerichtet sind.

Echte Einreden aber bewirken einen Eingriff in den Inhalt des dinglichen Rechts: Inhaltsänderung eines dinglichen Rechts ist jeder Eingriff in den Gehalt des Rechts, der weder Begründung noch Belastung, Übertragung oder Aufhebung ist, also jede Änderung der Befugnisse des Rechtsinhabers, die sich aus einem Vergleich mit den Befugnissen ergibt, die der Rechtsinhaber ohne das verändernde Rechtsgeschäft aufgrund allein der gesetzlichen Regelung gehabt hätte.

Schon die bloße Existenz einer Einrede bedeutet insoweit einen Eingriff in den Inhalt des betroffenen Rechts, da die Befugnis zur Geltendmachung des Rechts des rechtlichen Schutzes entbehrt, da der Eigentümer dieser jederzeit widersprechen kann¹⁾.

Jede Eigeneinrede bewirkt somit von ihrer Entstehung an eine inhaltliche Umgestaltung des betroffenen Grundpfandrechts, dieses paßt sich insoweit automatisch den obligatorischen Abreden an.

Gerade darauf beruht die Anwendung der §§ 892 ff. BGB auf die Grundschuld, § 1157 BGB: der gutgläubige Rechtsverkehr, der diese Inhaltsänderung nicht kennt, soll das dingliche Recht so erwerben, wie es im Grundbuch verlautbart ist, nämlich unbeschränkt. Sobald jedoch aus dem Grundbuch die inhaltliche Umgestaltung des dinglichen Rechts durch Eigeneinreden verlautbart ist (etwa durch §§ 894, 899 BGB), ist der Rechtsverkehr insoweit nicht gutgläubig; er erwirbt das dingliche Recht so, wie es im Grundbuch verlautbart ist, nämlich durch die Einrede eingeschränkt.

Was aber kann als eine solche Eigeneinrede der Grundschuld entgegengehalten werden?

Infrage kommen der Sicherungsvertrag, der Sicherungszweck als solcher, weiterhin der Rückgewähranspruch, ein eventuell bezüglich der Grundschuld vereinbartes Abtretungsverbot, eine die Verwertungsbefugnis re-

1) vgl. Zenker, S. 41/2 m.w.N.; wohl auch: Huber, S. 263.

gelnde Abrede und schließlich die sog. Nichtvalutierungs-Einrede.

(aa) Zunächst könnte der Sicherungsvertrag selbst die "Einrede gegen die Grundschild" sein¹⁾.

Wortlaut und Zweck des § 1157 BGB sind - wie oben dargelegt - nicht auf die Erhaltung von Rechtsverhältnissen gerichtet, sondern auf die Erhaltung von Einreden des Eigentümers, die subjektive Rechte darstellen: hier der Befugnis, der Geltendmachung der Grundschild zu widersprechen. Der Sicherungsvertrag selbst ist jedoch lediglich ein "soziales Band"²⁾, kein konkretes Leistungsverweigerungsrecht; aus ihm fließen Einreden, erwächst die Möglichkeit von Widerspruchsrechten. Der Sicherungsvertrag ist somit selbst keine Eigeneinrede, aus ihm fließen erst Eigeneinreden³⁾. Die gegen diese Auffassung vorgebrachten Bedenken sind nicht stichhaltig:

Das Argument, daß die Sicherungsabrede eine Einrede darstellt, die lediglich nicht aktuell, sondern bedingt sei durch den Eintritt "ihres Falles", ist schon deshalb wirkungslos, weil der Rückgewähranspruch eben nicht ein bedingter Anspruch ist. Eine Einrede, die "nichts nützt, da ihr Fall nicht vorliegt", ist keine Einrede im Sinne eines Leistungsverweigerungsrechts. Das weitere Argument, es gebe gar keine andere Einrede als die Einrede der Sicherungsabrede, weil etwa die Einrede der Nichtvalutierung bei Sicherung laufender Forderungen der frühzeitigen Geltendmachung der Grundschild wegen der Valutierung nicht entgegenstehe, zieht ebenfalls nicht: natürlich besteht nicht die Einrede der Nichtvalutierung; das bedeutet aber noch nicht, daß dann eben als "Notnagel" nur noch die globale Einrede des Sicherungsvertrags existiert (dazu weiter unten), denn dieser beinhaltet ein ganzes Bündel potentieller Einreden, ist aber nicht selbst eine solche. Ebensowenig würde man einen Mietver-

1) so: Friedrich, NJW 1968, S. 1655 ff.

2) Esser, Bd. 1, S. 6 f., 12 ff.

3) so auch die h.M.; vgl. Huber, S. 135 ff.; Serick II, S. 424 f., 432 ff.; Zenker, S. 125/6, jeweils m.w.N.

trag als Einrede ansehen, sondern allenfalls bestimmte Einzelabreden des Mietvertrags. Das dritte Argument lautet, der Sicherungsgeber müsse nur die Sicherungsabrede als solche, der Sicherungsnehmer sein Recht zur Geltendmachung der Grundsuld beweisen¹⁾; dies spreche für den Sicherungsvertrag als Einrede, da derjenige, der die Einrede geltend macht, nur die die Einrede begründenden Tatsachen nachweisen muß. Dieses Argument ist ebenfalls nicht durchschlagskräftig²⁾. Denn selbst, wenn die genannte herrschende Auffassung zutreffen sollte (dazu s.o.), so beruht sie keineswegs darauf, daß der Sicherungsvertrag und die ihn begründenden Tatsachen allein die Einrede darstellen, sondern vielmehr auf folgendem: für das Bestehen des Rechts, die Grundsuld geltend zu machen, ist infolge der sicherungsvertraglichen Abreden ein präjudizielles Rechtsverhältnis, die Forderung, entscheidend. Nach allgemeinen Regeln ändert sich dabei die normale Beweislastverteilung hinsichtlich dieses Verhältnisses nicht, der Gläubiger muß weiterhin trotz Vertauschung der Parteirollen das Bestehen der Forderung beweisen. Das ist der Grund für die Beweislastregelung, die die h.A. vertritt. Dafür, daß der Sicherungsvertrag die Einrede darstellt, gibt das Argument nichts her. Die weitere Argumentation, der Sicherungsvertrag gebe ein Aussonderungsrecht im Konkurs, trägt schließlich gar nichts mehr zu der Entscheidung der hier anstehenden Frage bei.

Der Sicherungsvertrag selbst ist daher nicht eine eintragbare "Einrede gegen die Grundsuld"³⁾.

(bb) Eine Eigeneinrede im Sinne eines Rechts, der Grundsuldausübung zu widersprechen, könnte sich für den Eigentümer aus dem sicherungs-

1) h.A.; vgl. Soergel-Baur, § 1191, Anm. 1o; s.o..

2) diese Beweislastverteilung der h.M. gilt darüber hinaus nur für den Fall von Anfang an bestehender Nichtvalutierung. Nur für diesen Fall vertritt der von Friedrich, a.a.O., Fußn. 16, zitierte Huber, S. 130 eine abweichende Auffassung. Für den Fall später eintretender Nichtvalutierung besteht Einigkeit, daß den Eigentümer die Beweislast trifft.

3) ebenso: OLG München JFG Bd. 16, S. 291-

vertraglichen bzw. aus § 812 BGB folgenden Rückgewähranspruch ergeben¹⁾.

Wie weiter oben gezeigt, besteht dieser Rückgewähranspruch von Abschluß des Sicherungsvertrages bzw. Erhalt der Grundsuld an. Der Rückgewähranspruch ist jedoch - soweit er auf dem Sicherungsvertrag beruht - seinerseits mit der Einrede der Bank behaftet, sie habe noch Forderungen gegen den Eigentümer oder einen Dritten in der Hand, die dem Sicherungszweck unterfielen.

Ein solches, selbst einredebehaftetes Recht, der Ausübung eines anderen Rechts zu widersprechen, ist grundsätzlich keine Einrede im obengenannten Sinne: Mit der Befugnis, der Geltendmachung eines Rechts widersprechen zu können, kann nur gemeint sein, daß dieser Widerspruch erfolgreich ist; denn ein Widerspruch, der selbst gehemmt ist, dem selbst widersprochen wird, stellt kein Recht zum Widerspruch dar, ist kein Recht zur Leistungsverweigerung, da die Leistung nur bei begründetem, ungehemmten Widerspruch verweigert werden darf²⁾. Der Rückgewähranspruch ist daher keine "Einrede gegen die Grundsuld", die eintragbar wäre; das trifft jedenfalls zu, solange die Einrede gegen den Rückgewähranspruch besteht (daß dann, wenn der Rückgewähranspruch durchsetzbar ist, ein Widerspruch gegen die Grundsuld eingetragen werden kann, ist unbestritten). Der Rückgewähranspruch stellt nur dann eine Einrede dar, wenn die Nichterhebung der Einrede der Bank gegen den Rückgewähranspruch feststeht. (Er ist es selbstverständlich auch dann, wenn die Einrede der Bank weggefallen ist, weil der Rückgewähranspruch

1) so: RG WarnRspr 1914, S. 416; der Rückgewähranspruch als Einrede aus dem Sicherungsvertrag, der ein Rechtsverhältnis i.S.d. § 1157 BGB sei; ebenso: KG in KGJ 1922, S. 219; Kretzschmar, ZBlFG 1913, S. 1 (3); J., ZKW 1952, S. 319; RG Recht 1908, S. 333.

2) ebenso: v. Olshausen, Die fehlgeschlagene Postschecküberweisung, in: JuS 1974, S. 81 (84).

endgültig entstanden ist¹⁾; das aber steht hier nicht infrage).

Denn dann gibt dieser ein Recht, die Leistung aus der Grundschild zu verweigern; dieses Leistungsverweigerungsrecht ist nämlich als minus in der Befugnis enthalten, die Grundschild herauszuverlangen. Dieser Fall wird praktisch jedoch wohl nie eintreten. Dieses Ergebnis, daß einredebehaftete Ansprüche - immer vorausgesetzt, daß die Einrede geltend gemacht wird - nicht nur mit einer Klage durchgesetzt werden können, sondern auch als Verteidigungsmittel untauglich sind, wird auch durch § 390 BGB gestützt, der die Aufrechnung mit einer einredebehafteten Forderung für unzulässig erklärt. Für die einredeweise Geltendmachung des einredebehafteten Anspruchs kann dann nichts anderes gelten²⁾. Daß der Rückgewähranspruch selbst nicht eine Einrede darstellt, ergibt sich auch aus der oben angegebenen Unterscheidung zwischen Einrede und Anspruch: das eine ist ein Recht der Reaktion, ein Abwehrrecht, das andere ein Recht der Aktion, ein Angriffsrecht. § 1157 BGB schützt jedoch nicht den Erhalt von schuldrechtlichen Angriffsmitteln, sondern lediglich den Erhalt von Verteidigungsmitteln des Eigentümers³⁾.

Das Ergebnis wäre vom Standpunkt aller abweichenden Auffassungen zur Frage des Entstehungszeitpunkts des Rückgewähranspruchs wohl dasselbe, da solche Ansprüche keine geeigneten Abwehrmittel sind⁴⁾.

(cc) Weiterhin könnte ein eventuell hinsichtlich der Grundschild vereinbartes Abtretungsverbot eine Eigeneinrede i. S. d. § 1157 BGB darstellen.

1) KG JW 32, S. 1759.

2) s. auch Enneccerus-Nipperdey, § 226, 1; Schroeder, NJW 1967, S. 2016.

3) im Ergebnis wie hier: Ripfel, DNotZ 1957, S. 518 (523/4); a.A.: Güthe-Triebel, vor § 13, Anm. 40.

4) vgl. Palandt-Heinrichs, § 387, Anm. 6; § 273, Anm. 3.

In Rechtsprechung¹⁾ und Literatur²⁾ wird ganz überwiegend die Auffassung vertreten, bei einem obligatorischen Abtretungsverbot handele es sich um eine Eigeneinrede, die demzufolge dem insoweit bösgläubigen Zessionar entgegengehalten werden könne³⁾.

Eine Einrede i. S. d. § 1157 BGB liegt indes nur vor, wenn diese bereits "entstanden" war, also dem alten Gläubiger bereits entgegengesetzt werden konnte. Dann - so sagt § 1157 BGB - kann diese auch dem Erwerber entgegengehalten werden. Die Bank aber wurde selbst durch ein Abtretungsverbot - oder, was auf dasselbe herauskommt, eine Abtretungseinschränkung - an der Geltendmachung der Grundsuld nicht gehindert. Nach klarer Anordnung des § 1157 BGB kann der Eigentümer diese "Einrede", da es sich nun um eine Einrede handelt, die dem alten Gläubiger nicht hätte entgegengesetzt werden können, daher auch nicht dem Zessionar entgegengehalten⁴⁾.

(dd) Als Eigeneinrede gegen die Grundsuld kommt eine die Verwertungsbefugnis regelnde Absprache in Betracht.

Nach dem Inhalt jedes Sicherungsvertrags ist der Gläubiger zur Verwertung der Grundsuld nur im Rahmen des begrenzten Sicherungszwecks berechtigt; (auf diesem Gedanken, der darauf beruht, daß Grundsuld und Forderung letztlich dasselbe wirtschaftliche Interesse sichern, auf dieser Identität des rechtlich sanktionierten Interesses, bauen v. Lübtow's⁵⁾ Anrechts-Theorie und die Heck'sche Gesamtschuld-Theorie⁶⁾ auf.)

1) RG Z Bd. 135, S. 357.

2) Palandt-Degenhart, § 1157, Anm. 2; Baur, S. 347; Westermann, § 116 II 2b; vgl. Zenker, S. 126/7 m. w. N.

3) dabei verwundert nur, daß nicht wenigstens die Vertreter der Ansicht, in jedem Sicherungsvertrag sei ein Verbot einer isolierten Grundsuldabtretung enthalten, den Zessionar dann schon bei bloßer Kenntnis des Sicherungszwecks als bösgläubig ansehen.

4) Huber, S. 173; so auch: OLG Köln, a. a. O.; Zenker, S. 127; Lopau, NJW 1972, S. 2253.

5) JuS 1963, S. 171; ders. Festschrift Lehmann, S. 328.

6) § 100.

Dem Gläubiger sind alle mit dem Sicherungszweck nicht im Einklang stehenden Verhaltensweisen verboten. Insofern enthält jeder Sicherungsvertrag - was schon aus dem Begriff der Sicherung hervorgeht - stillschweigend die Abrede, die Bank dürfe die Grundsschuld nur zu Sicherungszwecken verwerten. Das bedeutet, daß die Bank die Grundsschuld nur dann zu verwerten befugt ist, wenn der Schuldner seinen Verpflichtungen nicht ordnungsgemäß nachkommt, wenn er also eine bestehende, unbedingte, nicht einredebehaftete und fällige Forderung der Bank nicht tilgt¹⁾.

"Verwerten" bedeutet dabei: Betreiben der Zwangsvollstreckung oder Trennung von Grundsschuld und Forderung durch isolierte Abtretung der Grundsschuld; gemeinsame Abtretung von Grundsschuld und Forderung ist keine Verwertung, da dabei nicht die Grundsschuld, sondern die Forderung "verwertet" wird²⁾, - wollte man auch die gemeinsame Abtretung als Verwertung der Grundsschuld ansehen³⁾, so würde im Augenblick der Abtretung von Forderung und Grundsschuld die Forderung in Höhe des Erlöses erlöschen (§ 364 II BGB), die Grundsschuld insoweit nichtvaluiert sein und vom Erwerber insoweit nicht geltend gemacht werden können, da er eine bei bzw. durch Abtretung bestehende Einrede gegen die Grundsschuld kannte (§ 1157 BGB).

Auch bei Banken hat der Sicherungsvertrag trotz Ziff. 21, 2 AGB keinen anderen Inhalt. Zwar läßt diese Regelung ausdrücklich eine Verwertung der Grundsschuld schon vor Fälligkeit der Forderungen der Bank zu. Diese AGB-Klausel muß jedoch - auch nach dem Willen der Bank - einschränkend dahin ausgelegt werden, daß diese Verwertung nur in ganz besonderen Ausnahmefällen zulässig ist, in denen der Bank ein Zuwarten bis zur Pfandreife nicht zugemutet werden kann⁴⁾. Solche Ausnahmefälle

1) so: Lopau, NJW 1972, S. 2257 ff.; vgl. JA 1973, ZR S. 34.

2) vgl. ausführlich: Seckelmann, S. 78 ff., insbes. S. 86/7; ebenso: Scholz, S. 376.

3) so offenbar Ziff. 21, 3 AGB.

4) vgl. Schütz, BFB, S. 28; anders wohl Seckelmann, S. 70, der von nicht vollkommener Wahrung der Fiduziarität spricht.

sind bei der Grundsuld jedoch kaum jemals denkbar. Grundsätzlicher Inhalt des Sicherungsvertrags ist somit auch bei Banken, daß es der Bank verboten ist, solange das Schuldverhältnis ordnungsgemäß abgewickelt wird, d.h. also im Regelfall solange die gesicherte Forderung noch nicht fällig ist¹⁾, die Grundsuld geltend zu machen, zu verwerten. Nach noch weitergehender Auffassung des BGH²⁾ und von Stöber³⁾, besteht das Verwertungsrecht sogar so lange nicht, wie der Schuldner sich noch nicht in Verzug befindet: dem kann jedoch jedenfalls im Regelfall nicht zugestimmt werden, da z.B. nach fast allen in der Praxis gebräuchlichen Kreditverträgen das Ausbleiben mit einer Rate oder sonstige Nachlässigkeiten die Fälligkeit des ganzen Kredits sowie die Verwertungsmöglichkeit der Sicherheiten nach sich ziehen, Verzug also nicht vorliegen muß; zum andern würde eine solche Auffassung die Rechte der Bank ohne hinreichenden Grund beschneiden. Denn mit Eintritt der Fälligkeit der Forderung besteht hinsichtlich der Grundsuld nicht nur ein Sicherungsinteresse, sondern auch ein Verwertungsinteresse; die Bank soll bei Fälligkeit der Forderung Zahlung erhalten, entweder aus der Forderung oder der Grundsuld - so der richtige Grundgedanke der Anrechtstheorie von v. Lübtow⁴⁾. Gegen eine solche Auffassung spricht auch Ziff. 20 II AGB, die die Verwertungsmöglichkeit ohne besondere Mahnungen, Androhungen o.ä. zuläßt, und Ziff. 20 I AGB, der die Verwertung als bei Nichtzahlung bei Fälligkeit möglich bestimmt.

Daraus folgt automatisch das Recht des Eigentümers, einer diesem Verbot zuwiderlaufenden Geltendmachung der Grundsuld zu widersprechen⁵⁾.

1) Zenker, S. 130; Seckelmann, S. 70, 91 m.w.N.; Scholz, S. 174, 371; RG JW 1935, S. 3632; RG Z Bd. 143, S. 113; Komanns, S. 34, 56; Stockmayer, S. 45; ähnlich: Huber, S. 127.

2) Sparkasse 1957, S. 124.

3) BB 1964, S. 1457.

4) Festschrift Lehmann, S. 328 ff.

5) Zenker, S. 129; Erman-Westermann, §§ 1191/2 Anm. 10; vgl. auch Pikart, WM 1965, S. 1230 und BGH WM 1963, S. 29.

Dieses Widerspruchsrecht besteht von Abschluß des Sicherungsvertrags an, da es unmittelbar aus ihm folgt.

Es besteht also von Sicherungsvertragsabschluß an eine unmittelbar aus dem Sicherungszweck als solchen sich ergebende Eigeneinrede gegen die Grundschild. Diese Eigeneinrede kann daher Eingang ins Grundbuch finden¹⁾.

Dem kann infolge der klaren Anordnung des § 1157 BGB, der ausdrücklich jede Eigeneinrede für eintragbar erklärt, nicht etwa entgegengehalten werden, diese Eintragung sei "mit dem Wesen der Grundschild unvereinbar"²⁾ oder es sei geradezu "Definitionsmerkmal der Grundschild, daß auf die gesicherte Forderung im Grundbuch nicht hingewiesen ist"³⁾. Durch § 1157 S. 1 BGB ist diese Eigeneinrede ohne Rücksicht auf eine Eintragung mit "Drittwirkung"⁴⁾ ausgestattet, sie verändert - wie oben dargelegt - die dingliche Rechtslage automatisch. Eine Verlautbarung der Einrede im Grundbuch hat damit lediglich deklaratorischen Charakter.

Eine Eintragung dieser Eigeneinrede ins Grundbuch ist damit von Abschluß des Sicherungsvertrags, von Eintragung der Grundschild an möglich, da § 1157 BGB keinen Unterschied der Eintragbarkeit einer Eigeneinrede je nach ihrem Entstehungszeitpunkt macht⁵⁾.

Diese Eigeneinrede der fehlenden Verwertungsbefugnis des Gläubigers besteht von Sicherungsgrundschildbestellung an, sie "entsteht" schon gegenüber dem ersten Grundschildgläubiger.

1) Lopau, NJW 1972, S. 2253 ff.

2) ZKW 1952, S. 319/20.

3) Heck, S. 348.

4) Zenker, S. 131.

5) so: Güthe-Triebel, vor § 13, Anm. 40; Huber, S. 140 f.; Heck, S. 413; Zenker, S. 132; die Frage wird ausdrücklich offengelassen von OLG München JFG Bd. 16, S. 291; interessant ist in diesem Zusammenhang auch, daß Hieber, DNotZ 1958, S. 378/9 die Eintragung einer Rückgewähranspruchs vormerkung gleichzeitig (!) mit der Grundschild eintragung selbst zuläßt.

Fraglich ist nur, in welcher Weise eine Eintragung dieser Eigeneinrede ins Grundbuch erfolgen kann und sollte. Offensichtlich besteht ein Weg in der Eintragung eines Widerspruchs gemäß § 899 BGB mit dem Inhalt, daß die Grundsschuld nur im Rahmen des Sicherungszwecks, also nicht im Falle ordnungsgemäßer Tilgung der Verbindlichkeiten des Schuldners geltend gemacht werden könne.

Ein solcher Widerspruch verursacht jedoch Extrakosten. Es ist nach einem eventuell dieses Manko vermeidenden Weg zu suchen. Diesen bietet nicht die Möglichkeit eines Grundbuchberichtigungsantrags, § 894 BGB, da auch dieser Kosten verursacht.

Diese letztgenannte Möglichkeit weist jedoch auf den richtigen Weg: das Grundbuch ist wegen der dinglichen Wirkungen der Eigeneinrede von Anfang an unrichtig, kann somit später im Wege des § 894 BGB berichtigt werden. Dann aber können keine Bedenken bestehen, das Grundbuch von Anfang an "richtig zu machen". Ein solches richtiges Grundbuch existiert dann, wenn von Anfang der Grundschuldeintragung an die Einrede mit eingetragen ist: Da die Eigeneinrede der fehlenden Verwertungsbefugnis unmittelbar und - als einzige Einrede - notwendig aus dem Sicherungszweck folgt, sollte daher der Sicherungszweck als solcher - zur Vermeidung einer Überfüllung des Grundbuchs - ins Grundbuch eingetragen werden können¹⁾. Eintragung ins Grundbuch bedeutet insoweit: Bezugnahme auf die Bewilligung, die den genannten Inhalt hat, in der insbesondere die gesicherten Forderungen bezeichnet sind und die "Verwertungsbefugnis" - Einrede ausdrücklich genannt ist - insoweit allerdings rein deklaratorische Wirkung, da aus dem im verlautbarten Sicherungszweck zum Ausdruck kommenden Sicherungsvertrag die Einrede notwendig folgt und insofern schon deshalb verlautbart ist - .

1) im Ergebnis ebenso; doch mit nicht zulänglicher oder ganz fehlender Begründung Lindemann, JW 1931, S. 2613; Küchler, S. 97; Komanns, S. 53; Friedrich, NJW 1968, S. 1655 ff.; Seckelmann, S. 126.

Soweit der Eintragungsantrag von der Bank gestellt wird und der Eigentümer bei der Bewilligung versäumt hat, nur eine Eintragung einer Grundschuld mit Sicherungsvermerk zuzulassen, kann später ein Widerspruch eingetragen werden, § 899 BGB. Soweit die Bank eine Bewilligung nicht abzugeben bereit ist, kann die Widerspruchseintragung im Wege der einstweiligen Verfügung, § 899 II BGB, erreicht werden, wobei eine Gefährdung des Grundbuchberichtigungsanspruchs, §§ 1157, 894 BGB, nicht dargetan zu werden braucht, § 899 II 2 BGB. Ein vertraglicher Verzicht auf die Erzwingung eines solchen Widerspruchs ist wie bei der Vormerkung nicht anzunehmen.

Dem läßt sich nicht entgegenhalten, damit werde die Grundschuld so gut wie vollkommen ihrer Verkehrsfähigkeit entkleidet, da kaum jemand eine solchermaßen als einredebehaftet eingetragene Grundschuld erwerben werde¹⁾. Denn bei der Grundschuld ist die Verkehrsfähigkeit ohnehin von nur geringer Bedeutung²⁾; in der Praxis werden Grundschuldabtretungen bis auf Ausnahmefälle regelmäßig nur im Rahmen von Refinanzierungen und Umschuldungen vorgenommen. Die eigentliche Bedeutung der Grundschuld liegt nicht in ihrem Verkehrswert, sondern darin, daß sie für den Kreditgeber durch ihre Nicht-Akzessorietät klare, einfache und eindeutige Verhältnisse schafft³⁾; d.h. dadurch, daß das dingliche Verwertungsrecht in Entstehung, weiterem Bestehen, Umfang, Untergang, Übertragung und Ausübung von Entstehen, Bestehen, Umfang, Übertragung und Ausübung der gesicherten Forderung unabhängig ist⁴⁾. Daß der

1) im praktischen Ergebnis läuft die von Hieber, DNotZ 1958, S. 378/9 zugelassene gleichzeitige Eintragung der Rückgewähranspruchsvormerkung auf dasselbe hinaus.

2) vgl. Zenker, S. 145; Huber, S. 60; ebenso: Friedrich, NJW 1969, S. 485/6, der ausdrücklich auf die durch das Treueverhältnis, den Sicherungszweck eingeschränkte, wenig bedeutsame Verkehrsfähigkeit der Grundschuld hinweist und die Kenntnis des Sicherungszwecks als Kenntnis der - etwa im Vergleich mit der Verkehrshypothek, §§ 1138, 1156 BGB - geringeren Verkehrsfähigkeit der Grundschuld ansieht.

3) s. o. S. 1 ff.

4) Zenker und Huber, a. a. O.

Verkehrswert der Grundschild durch § 1157 BGB stark beeinträchtigt wird, wurde im übrigen schon bei Schaffung des BGB gesehen: Eine Minderheit im Reichstag wollte den § 1157 BGB in Bezug auf die Grundschild als nicht anwendbar erklärt sehen, da das bei Übertragung dinglicher Rechte mit der Wirkung des Freiwerdens des dinglichen Rechts von persönlichen Einreden geltende Abstraktionsprinzip durch diese Vorschrift durchbrochen werde (sic!) und der Schutz der Gläubiger höher zu bewerten sei. Die Bedenken dieser Minderheit wurden jedoch als nicht schwerwiegend betrachtet¹⁾.

Auch die Tatsache, daß es seit der Entscheidung des RG zur Nicht-Valutierungseinrede²⁾ trotz der einhelligen Ablehnung der Entscheidung in der Literatur bis zum Jahre 1972 dauerte, bis RG bzw. BGH mit einem Fall der Abtretung einer Grundschild befaßt wurden, zeigt deutlich, daß der Grundschild in der Praxis nur geringer Verkehrswert zukommt. Zudem weist Huber³⁾ zu Recht auf zwei Dinge hin: der prinzipiellen, strukturellen Ähnlichkeit von Grundschild und z. B. dem Wechsel stehen verschiedene Interessenlagen gegenüber, da eine Abtretung beim Wechsel die Regel ist, bei der Grundschild dagegen die Ausnahme; bei der Grundschild ist die in der Praxis erkennbare Tendenz zur Buchgrundschild⁴⁾ wohl auf das geringe Verkehrsbedürfnis zurückzuführen.

Diesem Ergebnis läßt sich ebenfalls nicht entgegenhalten, damit werde die Grundschild für Refinanzierungszwecke unbrauchbar, daran habe die Praxis sich jedoch gewöhnt⁵⁾. Denn soweit unter solcher Refinanzierung eigene Kreditaufnahme der Bank verstanden wird, die durch die Grundschild abgedeckt wird, so ist ein Verlust einer derartigen Möglichkeit,

1) Protokolle IV S. 583.

2) RG Z Bd. 91, S. 218 ff..

3) a. a. O..

4) vgl. Lahnert, ZKW 1964, S. 1026.

5) Reithmann, NJW 1973, S. 879 (883).

die gegen das Treueverhältnis zum Eigentümer verstößt, der die Grundschuld nur fiduziarisch, nur zum Zwecke der Sicherung seiner Verbindlichkeit gegeben hat, nicht weiter tragisch. Soweit unter Refinanzierung eigene Kreditaufnahme unter Abtretung von Forderung und Grundschuld verstanden wird, so gilt mindestens dann dasselbe, wenn Eigentümer und Schuldner nicht identisch sind. Zudem belastet bei richtig verstandener Refinanzierungsabtretung der Grundschuld diese Eintragbarkeit des Sicherungszwecks niemanden.

Dem läßt sich weiterhin nicht entgegenhalten, damit stehe ein Recht im Grundbuch eingetragen, das zwar als Grundschuld bezeichnet, seinem materiellen Gehalt nach jedoch eine Hypothek sei. Daß ein Recht, das dem Inhalt des Grundbuchs nach bestimmte Forderungen sichern soll, materiell eine Hypothek sei, ist bisher zu stark formalistisch betrachtet worden. Denn es ist einfach unrichtig, daß ein Recht, das als forderungssichernd eingetragen ist, materiellrechtlich eine Hypothek darstellt. Ein forderungssicherndes Grundpfandrecht ist erst dann eine Hypothek, erfüllt nur dann die Charakteristika einer Hypothek, wenn dieses Recht im Entstehen und Weiterbestehen von der gesicherten Forderung und deren Höhe sachenrechtlich abhängig ist, unmittelbar von ihr beeinflußt wird und das Grundpfandrecht weiterhin nur dem zustehen kann, der Inhaber der Forderung ist, wenn also das rechtliche Schicksal des dinglichen Rechts vom rechtlichen Schicksal der gesicherten Forderung bestimmt wird. Durch die Eintragung des Sicherungszwecks wird aber nicht erreicht, daß das Entstehen und Weiterbestehen der Grundschuld sachenrechtlich vom Bestehen der gesicherten Forderungen abhängt: die Grundschuld entsteht und besteht auch dann, wenn zum Eintragungszeitpunkt oder später (noch) keine Forderung besteht; denn allein die Eintragung dessen, daß die Grundschuld bestimmte Forderungen sichert, bedeutet noch nicht, daß bei Nichtbestehen dieser Forderungen gar keine Grundschuld für den Gläubiger bestehen soll, sondern nur, daß der sachenrechtlich bestehenden Grundschuld möglicherweise eine Einrede, die der mangelnden Verwertungsbefugnis nämlich, entgegengesetzt werden kann,

daß also die Grundschild für den Gläubiger in vollem Umfang und in voller Höhe besteht, von diesem lediglich nicht durchgesetzt werden kann, solange die Forderungen ordentlich erfüllt werden.

Weiterhin bewirkt die Eintragung des Sicherungszwecks nicht, daß die Grundschild nur dem Inhaber der gesicherten Forderung zustehen kann, daß Inhaberschaft an der Forderung Voraussetzung für die Innehabung der Grundschild ist. Auch bleibt es bei der üblichen Beweislastverteilung: Forderungshöhe und - Bestand sind nicht vom Gläubiger der Grundschild zu beweisende Voraussetzungen für die Geltendmachung und Durchsetzung der Grundschild.

Durch die Eintragung des Sicherungszwecks werden nicht die entscheidenden Unterschiedsmerkmale zwischen Hypothek und Grundschild verwischt: die Hypothek muß mit der Forderung, die Grundschild kann mit Angabe des Sicherungszwecks eingetragen werden; auch die mit Sicherungszweck eingetragene Grundschild ist in ihrer sachenrechtlichen Existenz unabhängig von Bestehen und Höhe der Forderung; die Grundschild steht dem eingetragenen Gläubiger zu, auch wenn die gesicherte Forderung einem anderen zusteht; für die Grundschild bleibt das Bestehen der persönlichen Forderung nicht nur für ihren dinglichen Bestand, sondern auch für die Art der Belastung - Fremd- oder Eigentümergrundschild - und für die dingliche Berechtigung des eingetragenen Gläubigers unbeachtlich¹⁾. Die Grundschild unterscheidet sich damit im wesentlichen dadurch von der Hypothek - s. auch oben Einleitung -, daß sie eine "leere Hülse" sein kann, Sachenrecht ohne - durchsetzbares - Recht, ohne forderungsbezo-

1) vgl. Staudinger-Scherübl, § 1191 Anm. 4a; daß die hier vertretene, im Ergebnis mit der Rechtsprechung des RG zur Frage der Nicht-Valutierungseinrede im Rahmen des § 1157 BGB übereinstimmende Auffassung konsequent und notwendig zur Anerkennung der Eintragungsfähigkeit des Sicherungszwecks führt, ist schon häufiger erkannt worden; vgl. z. B. OLG Köln OLG Z 1969, S. 420.

genen Inhalt¹⁾, das die jederzeitige Möglichkeit der Wiedervalutierung als besonderen Vorteil bietet²⁾.

Zudem vertritt die herrschende Auffassung, die in diesem Zusammenhang postuliert, im Grundbuch dürfe auf die gesicherte Forderung unter keinen Umständen hingewiesen werden, in anderem Zusammenhang eine andere Auffassung: die Forderung bzw. ihr Bestehen soll grundbuchmäßig zur Bedingung der Grundsuld gemacht werden können³⁾. Wenn aber Prinzip der Grundsuld das Nicht-Verlautbaren des Sicherungscharakters wäre, dann dürfte die Forderung auch trotz der grundsätzlichen Bedingungs-freundlichkeit der Grundsuld nicht zur Grundsuldbedingung gemacht werden können⁴⁾.

So wie die Grundsuld aber grundsätzlich bedingungsfreundlich ist, so können prinzipiell über § 1157 BGB Einreden gegen die Grundsuld bestehen und so auf den weiteren Inhalt der Grundsuld einwirken. So wie die Forderung als Bedingung der Grundsuld eingetragen werden kann (insoweit ist der h.A. zuzustimmen), so können Einreden i.S.d. § 1157 BGB eingetragen werden. Ein Prinzip der Nichteintragbarkeit der Forderung bei der Grundsuld gibt es nicht: weder im Gesetz selbst findet sich ein dahingehendes Verbot, noch hat der Gesetzgeber ein solches gewollt, er hat vielmehr ausdrücklich betont, die Ausgestaltung und rechtliche Konstruktion der Grundsuld werde im Gesetz nicht geregelt und

1) Friedrich, NJW 1968, S. 1655 ff..

2) Reithmann, NJW 1973, S. 879 (883).

3) vgl. z.B. Staudinger-Scherübl, § 1191 Anm. 8; a.A.: z.B. Weber, AcP Bd. 169, S. 237 (242).

4) Charakteristisch: Klee, NJW 1951, S. 579, der zunächst postuliert, die Grundsuld dürfe in keinem Falle in ihrem Bestand von der Forderung abhängig (!) sein, und dann die Forderung als Bedingung für die Grundsuld, also für deren Bestand, zuläßt!

solle das auch nicht, vielmehr sei dies Aufgabe der Wissenschaft¹⁾.

(ee) Schließlich kommt noch die sogenannte Nicht-Valutierungs-Einrede in Betracht²⁾.

Darunter versteht man regelmäßig die Einrede, die gesicherte Forderung sei erloschen. Da die Grundschild im Bankverkehr "alle Forderungen aus bankmäßiger Geschäftsverbindung" o.ä. sichert, kann das Erlöschen nur einer Forderung der Bank, etwa einer Kreditforderung, so wenig wie einen Rückgewähranspruch eine Einrede begründen. Denn die Bank ist nach dem Sicherungsvertrag befugt, zur Befriedigung wegen ihrer übrigen Forderungen die Grundschild zu verwerten. Dem kann der Eigentümer, wenn nur eine Forderung getilgt ist, nicht widersprechen.

Auch die Tatsache, daß die getilgte Forderung den Betrag der übrigen Forderungen bei weitem übersteigt, dieser Betrag nur einem geringen Teil des Grundschildkapitals entspricht, vermag an diesem Ergebnis nichts zu ändern: die Bank hat gesicherte Forderungen in der Hand und darf die Grundschild derentwegen verwerten. (Der Ausgleich für den Eigentümer findet sich in diesem Falle lediglich in Form des auf Herausgabe des Übererlöses gerichteten Rückgewähranspruchs.)

In diesem Falle gibt die sog. Nicht-Valutierungseinrede daher kein Leistungsverweigerungsrecht für den Eigentümer hinsichtlich der Grundschild, stellt daher keine Eigeneinrede dar.

Die sog. Nicht-Valutierungseinrede gibt dem Eigentümer jedoch dann ein Recht, der Grundschildverwertung zu widersprechen, wenn die Geschäfts-

1) Motive III, 610; insoweit im Ergebnis wie hier offenbar auch die oft mißverständene Entscheidung des KG in JW 1932, S. 1759, die sehr genau zwischen der Eintragung eines Rechtsverhältnisses und der einer Einrede unterscheidet und ausdrücklich nur wegen der im konkreten Fall noch nicht bestehenden Nicht-Valutierungseinrede die Eintragung des Sicherungszwecks wegen seines - im konkreten Fall - Rechtsverhältnisscharakters ablehnte.

2) für deren Eintragbarkeit: Lindemann, JW 1931, S. 2613 unter Hinweis auf KG KGJ Bd. 33, S. 261; Bd. 53, S. 222.

verbindung beendet ist und keine Forderungen der Bank bestehen, oder, falls die Grundschild generell "alle Ansprüche" sichert, dann, wenn z. Z. keine Forderungen der Bank bestehen und das künftige Entstehen weiterer Forderungen nicht konkret in Aussicht steht¹⁾.

In diesem Falle ist auch die sog. Nicht-Valutierungseinrede als Leistungsverweigerungsrecht eine Eigeneinrede i. S. d. § 1157 BGB.

Diese Eigeneinrede ergibt sich unmittelbar aus dem Sicherungsvertrag; sie "entsteht" jedoch nicht schon mit seinem Abschluß, sondern vielmehr erst in dem o. a. Zeitpunkt. In diesem Moment kann auch sie ins Grundbuch eingetragen werden. Das kann entweder im Wege des Widerspruchs, § 899 BGB, oder der Grundbuchberichtigung, § 894 BGB, erfolgen²⁾.

Dieser Weg empfiehlt sich jedoch nicht. Er verursacht unnötige Kosten. Denn diese Einrede entsteht in demselben Augenblick, von dem an der Rückgewähranspruch durchgesetzt werden kann.

Bei dieser Sachlage ist die Verfolgung des Rückgewähranspruchs vorzuziehen.

2.) Kenntnis von Einreden gegen die Grundschild

Wenn solchermaßen die Eigeneinrede im Grundbuch eingetragen ist, kann sie jedem Erwerber entgegengehalten werden, §§ 892, 1157 BGB.

Fraglich ist, ob das auch gilt, wenn die Eigeneinrede nicht eingetragen ist.

Eines ist klar: kennt der Erwerber positiv eine Einrede, etwa die der Nichtvalutierung (was allerdings der Eigentümer zu beweisen hat), dann kann auch ihm diese Einrede entgegengehalten werden.

1) ebenso: Planck, § 1192 Anm. 6c.

2) ebenso: J., ZKW 1952, S. 319.

Das Problem, das bisher in Rechtsprechung und Literatur in diesem Zusammenhang behandelt wurde, ist dies:

Muß sich ein Erwerber, der den Sicherungszweck kennt, die Nichtvalutierung entgegenhalten lassen, wenn die Grundsuld bei Erwerb valutiert war, die gesicherte Forderung danach aber erloschen ist?

a) Nach der Rechtsprechung des ReichsG¹⁾ reicht es zum Ausschluß des guten Glaubens des Grundschuldenerwerbers i. S. d. §§ 1157, 892 BGB aus, wenn der Erwerber bei dem Erwerb der Grundsuld Kenntnis von dem Sicherungscharakter der Grundsuld hat²⁾. Denn die Forderungstilgung bilde lediglich eine Bedingung für den bereits entstandenen Rückgewähranspruch, und der Zessionar müsse sich über §§ 1156, 1157, 404 BGB den Bedingungseintritt entgegenhalten lassen, da er den Rechtsgrund des Rückgewähranspruchs gekannt habe.

Die herrschende Auffassung in der Literatur³⁾ steht dagegen auf dem Standpunkt, der Eigentümer könne gegenüber dem Zessionar den Rückgewähranspruch als Einrede nur dann geltend machen, wenn der Zessionar sowohl den Sicherungscharakter der Grundsuld als auch ihre Nichtvalutierung gekannt habe.

Dieser Auffassung folgt nunmehr⁴⁾ auch der BGH⁵⁾: Der Erwerber einer Grundsuld stehe nach der Rechtsprechung des RG schlechter als der Hypothekenerwerber, da dieser vor nachträglichen Zahlungen an den Zedenten durch den Zwang zur gleichzeitigen Abtretung auch der Forderung geschützt sei, §§ 1153 II, 1156 BGB. Da der Zessionar den Siche-

1) RG Z Bd. 91, S. 218.

2) ebenso: Küchler, S. 100.

3) RGRK-Schuster, § 1191, Anm. 5; Erman-Westermann, § 1192, Anm. 11, 14; Palandt-Degenhart, § 1191, Anm. 3f; Soergel-Baur, § 1191, Anm. 5; Wolff-Raiser, § 642; Westermann, S. 582.

4) nach Schwanken in BGH WM 1967, S. 566.

5) NJW 1972, S. 1463; bestätigt durch BGH WM 1973, S. 840.

rungscharakter der Grundschild oft erkenne, werde die Grundschild so ihrer Eigenschaft als Verkehrsgegenstand entkleidet. Die Gefahr treuwidriger Verfügungen des Zedenten auf den Zessionar abzuwälzen, bestehe kein Grund, da der Eigentümer die Möglichkeit habe, sich an seinen vertragsbrüchigen Gläubiger zu halten.

b) Anknüpfend an die oben zur Eigeneinrede gefundenen Ergebnisse läßt sich dazu folgendes feststellen:

aa) Bezüglich der sog. Nicht-Valutierungseinrede gilt folgendes:

Wenn die Nicht-Valutierung im Moment der Abtretung feststeht, aber nicht ins Grundbuch eingetragen ist, dann ist der Erwerber, der nur den Sicherungscharakter kennt, hinsichtlich der Nicht-Valutierungseinrede gutgläubig, denn aus dem Sicherungszweck folgt nicht schon die Tatsache der Nicht-Valutierung¹⁾.

Diesen Ergebnissen läßt sich nicht etwa entgegenhalten, der Erwerber nehme die (teilweise) Nicht-Valutierung billigend in Kauf. Denn §§ 1157, S. 2, 892 BGB verlangen positive Kenntnis der Einrede. Für den Erwerber besteht keine Nachforschungspflicht²⁾, denn damit würde Wissen-Müssen mit Wissen gleichgestellt. Nicht einmal grob fahrlässige Unkenntnis bedeutet Bösgläubigkeit, auch ein "Dolus eventualis", d.h. daß er mit der Nicht-Valutierung gerechnet hat oder rechnen mußte, schadet nicht³⁾. Eine Grenze besteht erst da, wo der Erwerber den Eigentümer mit bewußt und gewollt aufrechterhaltener bzw. herbeigeführter Unwissenheit in sittenwidriger Weise schädigt⁴⁾.

Fraglich ist, ob dieses bisher gefundene Ergebnis auch dann zutrifft, wenn die Nicht-Valutierung erst nach Erwerb der Grundschild eintritt. Ohne der Frage vorweg greifen zu wollen, ob auch getrennte Abtretung von Grund-

1) im Ergebnis ebenso: BGH NJW 1972, S. 1463 m.w.N.; auch Lopau, NJW 1972, S. 2253 stimmt dem zu.

2) RGRK-Schuster, § 1191, Anm. 5.

3) Huber, S. 142 m.w.N.; RG Z Bd. 135, S. 359.

4) Westermann, S. 426; Huber, a.a.O.

schuld und Forderung überhaupt möglich ist¹⁾, soll dieser Fall zugrundegelegt werden.

Oben wurde dargelegt, daß Kenntnis des Sicherungszwecks nicht bösgläubig macht. Wenn nun im Zeitpunkt der Abtretung die Einrede der Nicht-Valutierung nicht besteht, so erwirbt insoweit der Erwerber die Grundsuld. Dazu bedarf es in diesem Falle nicht einmal seines guten Glaubens. Denn da eine Einrede nicht bestand, konnte er auch keine kennen, konnte also nicht bösgläubig sein und erwarb die Grundsuld frei von Einreden. Dem läßt sich nicht entgegenhalten, die Einrede sei latent vorhanden gewesen²⁾. Denn § 1157 BGB unterscheidet sich - wie oben dargelegt - von § 404 BGB. Nach dessen Regelung muß sich der Zessionar alle Einreden entgegengehalten lassen, die im Zeitpunkt der Abtretung begründet sind, also alle Einreden, die aus dem fraglichen Schuldverhältnis in Zukunft erwachsen können, wie etwa hier die Einrede der Nicht-Valutierung. In § 1157 BGB dagegen ist von Einreden die Rede, die dem Eigentümer gegen die Grundsuld zustehen und die dann auch dem Erwerber entgegengehalten werden können. Daraus geht klar hervor, daß damit nur Einreden gemeint sind, die in der Person des alten Gläubigers bereits entstanden sind, ihm bzw. der Geltendmachung der Grundsuld durch ihn entgegengesetzt werden konnten. Einreden dagegen, die erst in der Person des neuen Gläubigers entstehen, sind keine, die bereits dem alten Gläubiger entgegengehalten werden konnten, § 1157 BGB schaltet insoweit - vgl. die Subsidiaritätsklausel der §§ 404, 413 BGB - den § 404 BGB aus. Die Sicherungsabrede als solche ist aber keine Einrede, die Nicht-Valutierungseinrede bestand gegen den alten Gläubiger nicht.

Die zu diesem Endergebnis gelangende h.M.³⁾ kommt damit zu der Konsequenz, daß der Grundschulderwerber die Grundsuld gegen den Eigentümer auch dann durchsetzen kann, wenn der Schuldner - sogar ohne Kenntnis der Abtretung - die persönliche Forderung erfüllt. Dieser kann sich

1) vgl. unten, S. 234 ff..

2) Friedrich, a.a.O..

3) Huber, S. 144/5 m.w.N..

nur dadurch schützen, daß er die Rückgabe der Grundschild Zug um Zug gegen Bezahlung der Forderung verlangt¹⁾. Eine Grenze all dessen liegt selbstverständlich bei der - praktisch nie zu beweisenden - vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung.

bb) Nach der hier vertretenen Auffassung, daß fehlende Verwertungsbe-
fugnis eine Eigeneinrede im Sinne des § 1157 BGB darstellt, ist bezüglich dieser Eigeneinrede folgendes zu sagen:

Wenn diese Eigeneinrede nicht eingetragen ist und der Erwerber den Sicherungszweck kennt, dann kennt der Erwerber eine von Sicherungsvertragsabschluß an bestehende, aus dem ihm bekannten Sicherungszweck notwendig und unmittelbar folgende Eigeneinrede. Er ist damit bezüglich dieser Einrede bösgläubig i.S.d. §§ 1157, 892 BGB. Diese Einrede steht dem Eigentümer, da sie auf dem Sicherungsvertrag beruht, schon gegen den alten Grundschildgläubiger zu, kann daher nach § 1157, S. 2 BGB auch dem Erwerber entgegengehalten werden.

Das gilt unabhängig davon, wann endgültige Nicht-Valutierung eingetreten ist, ob vor oder nach Abtretung der Grundschild; denn die Eigeneinrede der fehlenden Verwertungsbe-
fugnis besteht unabhängig von Valutierung oder Nicht-Valutierung²⁾.

Das Ergebnis der hier vertretenen Ansicht ist also, daß die Grundschild auf Einrede des Eigentümers hin solange nicht durchgesetzt werden kann, wie die gesicherte Forderung ordnungsgemäß erfüllt wird. "Ordnungsgemäße Erfüllung" bedeutet in diesem Zusammenhang:

Zahlung bei Fälligkeit der Forderungen. Diese Inhaltsbestimmung ergibt sich aus Ziff. 20 AGB. Wenn jedoch in dem Augenblick, in dem die Grundschildabtretung erfolgt, der Schuldner seinen Verpflichtungen nicht ordnungsgemäß nachgekommen ist, also die Einrede des mangelnden Verwertungsrechts nicht besteht, dann nützt dem Eigentümer auch spätere ordnungsmäßige Erfüllung nichts mehr; entscheidend ist, daß er der Bank kei-

1) Huber, a. a. O.

2) Lopau, NJW 1972, S. 2253 ff.

ne Einrede hätte entgegenhalten können, als diese die Grundsschuld verwertet; daher existiert keine Einrede, die er auch dem Erwerber entgegenhalten kann¹⁾.

Die dem Ergebnis dieser Auffassung widersprechenden Erwägungen der h.A.²⁾ sind nicht stichhaltig. Daß der Erwerber einer Grundsschuld schlechter gestellt wird als der Erwerber einer Hypothek, läßt sich wegen der Regelung der §§§ 1138, 1156 BGB nicht bestreiten. Zum einen jedoch ergibt sich weder aus dem Gesetz noch aus den dem Gesetz zugrundeliegenden Erwägungen³⁾, daß die Hypothek insofern "gläubigergünstiger" ist (im Gegenteil: aus den Protokollen der 2. Kommission⁴⁾ ergibt sich, daß durch Einfügung des § 1157 BGB die Stellung des Eigentümers gegenüber seiner nach dem ersten Entwurf bestehenden Rechtsposition bei übergiehender Grundsschuld verbessert werden sollte; schon die 1. Kommission⁵⁾ hatte Befürchtungen, die Grundsschuld sei für den Eigentümer gefährlicher als die Hypothek, entgegengehalten, hinsichtlich Geltendmachung und gutgläubigen Erwerbs sei die Grundsschuld für den Eigentümer der Hypothek gleich zu bewerten). Zudem kann man insofern Grundsschuld und Hypothek gar nicht vergleichen: § 1156 BGB beruht keineswegs auf dem Gedanken, den Zessionar der Hypothek zu schützen - womit sich eventuell eine gleiche Schutzwürdigkeit auch des Grundschulderwerbers begründen ließe -, sondern auf der Erwägung, daß der Schuldner in einem solchen Falle nicht schutzbedürftig ist, weil er durch Einsichtnahme in das Grundbuch oder mit Hilfe des § 1160 BGB die Person des Forderungsberechtigten - wegen der Akzessorietät identisch mit der des eingetragenen oder briefbesitzenden Hypothekars - ermitteln kann und insofern den Schutz der §§ 407, 408

1) in der Tendenz ebenso: Westermann, 4. Aufl. § 116 II 2b; Komanns, S. 96.

2) vgl. insbesondere BGH NJW 1972, S. 1463 f. m.w.N..

3) vgl. insbesondere: Motive III, 700; Protokolle III, 383 f..

4) a.a.O..

5) Motive, VI, 308.

BGB nicht verdient¹⁾. Bei der Grundschild dagegen kann der Schuldner den Forderungsberechtigten wegen der Nichtakzessorietät der Grundschild nicht derart ermitteln, seine Schutzbedürftigkeit nach §§ 405 ff. BGB entfällt nicht. Im Grunde werden hier also gerade wegen der Nichtanwendbarkeit des § 1156 BGB auf die Grundschild unvergleichbare Fälle verglichen. Zum anderen bietet die Grundschild auch bei dieser Auslegung des § 1157 BGB dem Erwerber einige Vorteile gegenüber der Hypothek: so kann er etwa vor dem Erwerb mit dem Eigentümer eine Vereinbarung über die Weiterverwendung der Grundschild trotz Tilgung der gesicherten Forderung treffen²⁾; auch obliegt die Beweislast bezüglich der Kenntnis des Sicherungszwecks dem Eigentümer.

Das weitere Argument, es bestehe kein Grund, die Gefahr treuwidriger Verfügungen des Zedenten über die Grundschild in solchem Umfang auf den Zessionar überzuwälzen, da der Eigentümer sich an den vertragsbrüchigen Zedenten halten könne, ist ebenfalls nicht durchschlagend. Man kann ebensogut sagen, der Erwerber möge sich in einem solchen Fall an den Zedenten halten, der ihm aus Nichterfüllung der Pflichten aus dem der Abtretung zugrundeliegenden Vertrag haftet. Wenn sich der Erwerber schützen will, mag er sich die gesicherte Forderung mit abtreten lassen; denn dann kann er die Durchsetzbarkeit der Grundschild beurteilen. Außerdem erscheint diese Risikoverteilung angesichts der Tatsache gerechtfertigt, daß es so gut wie keine wirklich abstrakte, sondern praktisch nur Sicherungsgrundschulden gibt; denn daher weiß der Erwerber einer Grundschild im Regelfall von deren potentieller Uneinbringlichkeit. Die rein faktische Informationsmöglichkeit darüber läßt die getroffene Risikoverteilung interessengerecht erscheinen³⁾.

Für diese Risikoverteilung spricht auch folgende Erwägung: Bei der Bestellung einer Sicherungsgrundschuld werden verschiedene Interessen verfolgt: Der Kunde will einen Teil seines Vermögens auf Zeit - bis zur Be-

1) vgl. Palandt-Degenhart, § 1156 Anm. 1.

2) vgl. weiter: Huber, S. 53 ff.; Schütz, BFB S. 500 f.

3) im Ergebnis ebenso: Westermann, 4. Aufl. S. 576.

schaffung ausreichender liquider Mittel - aktivieren, ohne ihn für dauernd aus der Hand geben zu müssen. Die Bank sichert sich gegen das Risiko, daß der Kunde den Kredit nicht zurückzahlen kann. Sie ist demnach bereit, die Grundsuld zurückzugewähren, wenn der Sicherungszweck erreicht (d.h. das Kreditkapital zurückgezahlt) wird. Nur für den Fall des Risikoeintritts will die Bank die Grundsuld zur Erhaltung ihres Vermögens verwerten. Diese Zweckbestimmung der Grundsuldhingabe verwirklicht sich demnach charakteristisch nicht durch deren Verwertung, sondern durch ordnungsgemäße Abwicklung der Geschäftsverbindung: beide Partner gewähren einander die erhaltenen Vermögensteile zurück, die Bank die Grundsuld, der Kunde Geld. Die Veräußerung der Grundsuld, die somit "auf Zeit" empfangen ist, vor Eintritt des Risikofalles ist demnach die atypische Form der Verwirklichung des Sicherungszwecks.

Der den Sicherungscharakter und damit diese Typik kennende Erwerber verdient keinen Schutz, wenn er auf das Bestehen der atypischen Lage vertraut.

Sinn der Grundsuld-Hereinnahme durch die Bank ist Risikovorsorge, Vorsorge (nur) für den Fall eines sich eventuell verwirklichenden Risikos; eine Veräußerung der Grundsuld vor dem Eintritt des Risikofalles erhält deshalb Ausnahmecharakter (s.o.). Ein Verlangen nach Schutz des Verkehrs, der den Sicherungscharakter und damit die für den Fall fehlender Realisierung dieses Risikos bestehende Rückgabepflicht und damit "Wertlosigkeit" der Grundsuld kennt, ist daher nicht begründet. Eine Steigerung der Zirkulationsfähigkeit der Grundsuld durch Verkehrsschutz ist weder vom Risikovorsorgeinteresse der Bank noch dem (auf Zeit geplanten) Vermögensaktivierungsinteresse des Kunden noch dem (bei Kenntnis des Sicherungscharakters) Erwerbsinteresse des Zessionars her zu rechtfertigen.

Die letztere Überlegung spricht schließlich dafür, den Gutgläubensschutz entgegen der herrschenden Auffassung einzuschränken.

Die Gutgläubensbestimmungen sollen den Interessenkonflikt zwischen den Beharrungsinteressen des materiell Berechtigten und dem Erwerbsinteresse des gutgläubigen Erwerbers dahin lösen, daß letzteren regelmäßig der Vorrang gebührt. Zugleich wird der allgemeine, über diese Privatinteressen hinausgehende Interessenkonflikt zwischen Bewährung und Schutz der bestehenden Zuordnung der Rechte, der Rechtssicherheit, und dem Interesse auf ungestörten Güterverkehr, dem Verkehrsschutz zugunsten des letzteren entschieden. Diese Bevorzugung des Erwerbers ist jedoch nur dort gerechtfertigt, wo tatsächlich schützenswerte Erwerbsinteressen vorliegen. Wie eben gezeigt, kommt jedoch der Grundschild nur geringe Umlauffunktion zu. Dem Erwerber eines - wie er weiß - zum Umlauf wenig geeigneten und bestimmten Rechts ist jedoch kein schützenswertes Erwerbsinteresse zuzubilligen. Auch der den Privatinteressen übergeordnete Gesichtspunkt des ungestörten Güterverkehrs vermag eine andere Entscheidung nicht zu tragen: der Verkehr mit zwar umlaufgeeigneten, aber für den Verkehr - im konkreten Fall - erkennbar "umlaufgehemmten" Rechten verdient nicht den Schutz vor Störungen. Wenn die Grundschild erkennbar nicht zum Umlauf bestimmt ist, überwiegt das Interesse an der Aufrechterhaltung der bestehenden Zuordnung der Rechte.

Dieses so gewonnene Ergebnis gilt nun jedoch nicht ausnahmslos. So kann etwa der Erwerber der Grundschild zwar wissen, daß die Grundschild der Sicherung von Forderungen dient und deshalb während deren ordentlichen Laufzeit undurchsetzbar ist; er kann aber trotzdem des Glaubens sein, die Abtretung an ihn erfolge gerade wegen Unregelmäßigkeiten bei der Schuldtilgung, die Einrede der mangelnden Verwertungsbefugnis bestehe gerade nicht¹⁾. In diesem Fall ist der Erwerber gutgläubig, da er das Bestehen der Einrede nicht kennt²⁾. Dasselbe gilt, wenn der Erwerber glaubt, der Sicherungsvertrag enthalte eine allgemeine Befugnis der Bank zur (auch isolierten) Abtretung der Grundschild - so etwa

1) in der Tendenz wie hier: Erman-Westermann, 3. Aufl., § 1191, Anm. 11; Westermann, S. 583.

2) Lopau, NJW 1972, S. 2257.

im Volksbanken-Formular - ¹⁾.

Da diese Fälle jedoch die Ausnahme von der Regel sind, muß der Erwerber hinreichende Anhaltspunkte für die Richtigkeit seiner Auffassung haben; ihn trifft zwar keine bis ins einzelne gehende Aufklärungspflicht. Fehlende Verwertungsbefugnis ist jedoch in einer derartigen Vielzahl von Fällen gegeben, die zuvor genannten Fälle sind solche Ausnahmen, daß ohne positive Kenntnis entsprechender Ausnahmetatsachen ein redlich Denkender sich der Überzeugung fehlender Verwertungsbefugnis nicht verschließen würde ²⁾. Wer daher nicht beweisen kann ³⁾, daß und warum er an eine solche Verwertungsbefugnis der Bank geglaubt hat und auch glauben konnte, kennt die Einrede. Denn obwohl er den Sicherungszweck kennt, verschließt er sich bewußt der Erkenntnis der in aller Regel bestehenden Einrede, indem er ohne jeden Anhaltspunkt tatsächlicher Art den Ausnahmefall als gegeben annimmt.

1) Lopau, a. a. O.

2) BGH LM Nr. 5, § 1157.

3) a. A. offenbar: Seckelmann, S. 103/4.

VIII. Rückgewähranspruch und "Haftungs-Zusage"

Bezüglich der "Haftungs-Zusage" stellt sich wie für die Grundschild die Frage, in welchen-Fällen - einmal ganz untechnisch ausgedrückt - die Haftung entfällt bzw. ob sie, wenn sie nicht automatisch erlischt, jedenfalls irgendwie zum Erlöschen gebracht werden kann.

Wie bei Erörterung des Anspruchs auf Rückgewähr der Grundschild kommen auch hier die verschiedenen Möglichkeiten, nichtiger Sicherungsvertrag, anfängliche Nicht-Valutierung, später eintretende teilweise und endgültige Nicht-Valutierung infrage.

Zunächst soll die Frage nach dem automatischen Erlöschen der Zusage-Forderung beantwortet werden: oben ist der Rechtscharakter dieser Forderung als Schuldversprechen (bzw. -anerkenntnis) bezeichnet worden. Beiden Vertragstypen ist gemeinsam, daß die Verpflichtungen aus ihnen bei Wegfall des Sicherungszwecks oder bei Nichtentstehen der gesicherten Forderung nicht automatisch entfallen: weder tritt Unmöglichkeit im Sinne des § 275 BGB wegen Zweckerreichung oder -Fortfall ein, da sie als solche noch erfüllbar bleiben, noch sind sie akzessorisch, an die gesicherte Forderung derart geknüpft, daß sie ohne diese nicht bestehen können.

Die Zusage-Forderung besteht unabhängig von der gesicherten Geschäftsverbindungs-Forderung und erlischt mit deren Wegfall nicht automatisch.

Wie schon oben bei der Grundschild erörtert, ist auch bei der "Haftungs-Zusage" ein schuldrechtlicher Rückgewähranspruch erforderlich¹⁾.

Bezüglich der Rechtsgrundlage dieses Rückgewähranspruchs muß aus denselben Gründen, wie oben erörtert, dasselbe gelten wie für die Grundschild. Auch bezüglich der "Haftungs-Zusage" ist eine vertragliche Abrede des Inhalts anzunehmen, daß die Bank den Eigentümer aus der Haftung ent-

1) Hieber, BayNotV 1928, S. 144 (145).

lassen wird, sofern gesicherte Forderungen nicht mehr bestehen. Diese Abrede des Sicherungszwecks und der Rückgewährpflicht ist Inhalt eines neben den abstrakten Zusagen stehenden, konkludent abgeschlossenen Sicherungsvertrags, der inhaltlich mit dem Grundschild-Sicherungsvertrag übereinstimmt¹⁾. Diese Entlassung aus der Haftung kann im Wege des negativen Schuldanerkennnisses i.S.d. § 397 II BGB vorgenommen werden, auch der Erlaßvertrag i.S.d. § 397 I BGB erscheint geeignet. Vorzuziehen scheint das negative Schuldanerkennnis, die gewissermaßen als *actus contrarius* anzusehende Form der Rückgewähr. Dieser Rückgewähranspruch ist ebenso wie bei der Grundschild ein unbedingter, gegenwärtiger Anspruch.

Für die verschiedenen obengenannten Möglichkeiten der Rückgewährpflicht gilt dasselbe wie zur Grundschild ausgeführt. Denn *causa* der "Haftungs-Zusage" ist wie bei der Grundschild der Sicherungsvertrag.

Das Bestehen des Rückgewähranspruchs kann dem Erwerber der Zusage-Forderung über § 404 BGB entgegengehalten werden: der Rückgewähranspruch stellt ein Recht dar, die an sich aus der Zusage geschuldete Leistung zu verweigern. Diese Einrede war schon gegenüber der Bank begründet, da sie dem Grunde nach schon vor der Abtretung gegeben war, aus dem Schuldverhältnis erwuchs. Anders als bei der Grundschild kann also dem Erwerber auch bei dessen Gutgläubigkeit der Rückgewähranspruch als Einrede entgegengehalten werden.

Zudem ist auch der Sicherungsabrede bei der Haftungs-Zusage die Vereinbarung immanent, daß die Forderung aus der Zusage solange nicht durchgesetzt werden kann, als der Schuldner den ihm obliegenden Verpflichtungen ordnungsgemäß nachkommt. Auch diese Einrede kann über § 404 BGB einem Erwerber entgegengehalten werden.

1) Hieber, a.a.O.; Bourier, BayNotV 1930, S. 236 (240); Reithmann, NJW 1973, S. 879 {881}.

IX. Rückgewähranspruch und Rechtsnachfolge

Rechtsnachfolgeprobleme können bei der Grundschild in mehreren Formen auftreten:

Es kann Rechtsnachfolge am Rückgewähranspruch selbst, am Grundstück, an der Grundschild und an der Forderung eintreten. Die Rechtsnachfolge kann kraft Sonder- und aufgrund Gesamtrechtsnachfolge eintreten. In allen Fällen sollen hier die Konsequenzen daraus für den Rückgewähranspruch untersucht werden.

1.) Rechtsnachfolge bezüglich des Rückgewähranspruchs

Zunächst zur Sonder-Rechtsnachfolge hinsichtlich des Rückgewähranspruchs selbst; Sie scheint keine Schwierigkeiten zu machen; der Rückgewähranspruch scheint als normaler schuldrechtlicher Anspruch abtretbar zu sein und auf den Zessionar überzugehen.

a) Das trifft sicherlich zu, soweit der Rückgewähranspruch lediglich auf dem Sicherungsvertrag bzw. - wenn dieser nichtig ist - auf § 812 BGB beruht. Denn der Rückgewähranspruch ist insoweit ein normaler, bestehender, unbedingter und fälliger schuldrechtlicher Anspruch, der formfrei abgetreten werden kann.

b) Die Schwierigkeit ergibt sich hier daraus, daß der Rückgewähranspruch auch auf § 1169 BGB basiert. Kann dieser als dinglicher Anspruch überhaupt abgetreten werden und, wenn das nicht der Fall ist, kann dann der Rückgewähranspruch in einen abtretbaren - Sicherungsvertrag, § 812 BGB - und einen unabtretbaren Teil - § 1169 BGB - aufgespalten werden, oder wird er etwa im ganzen unabtretbar?

In nahezu allen Bankformularen ist eine Abtretungserklärung hinsichtlich der Rückgewähransprüche bezüglich vorrangiger Grundschilden in allen

drei Erfüllungsarten vorgesehen¹⁾. Daraus könnte man schließen, daß die Banken von der Abtretbarkeit des Rückgewähranspruchs insgesamt ausgehen, gleichgültig auf welcher Rechtsgrundlage er beruht.

Die Richtigkeit dieser Annahme erscheint jedoch fraglich. Denn der Anspruch aus § 1169 BGB ist ein aus dem Eigentum erwachsender, ein dinglicher Anspruch. Nach überwiegender Auffassung²⁾ sind dingliche, auf dem Eigentum beruhende Ansprüche nicht abtretbar. Denn diese Ansprüche (§§ 985, 894, 1004 BGB) sind das Eigentum selbst in seiner Ausschlußfunktion gegenüber Dritten und in seiner besonderen Zuspitzung des "Anspruchs" gegen den "Störer"; eine Trennung von Eigentum und aus dem Eigentum fließendem Recht würde das Eigentum selbst zu einem "unbewehrten" Recht machen, zu einer leeren Hülle ohne jeden Inhalt. Eine echte Trennung von Eigentum und Eigentumsrecht i. w. S. ist daher nicht möglich³⁾. Möglich ist dagegen eine Überlassung des Eigentumsrechts "zur Ausübung" an einen Dritten⁴⁾.

Dabei geht das Eigentumsrecht nicht seinem ganzen rechtlichen Inhalt nach auf den Dritten über, sondern nur das Recht, den aus dem Eigentum erwachsenden Anspruch "für sich" geltend zu machen. Uneingeschränkt, jedenfalls sachenrechtlich uneingeschränkt und uneinschränkbar, bleibt dabei jedoch die Befugnis des Eigentümers aufrechterhalten, auch selbst das Eigentums-Recht geltend zu machen. Der Dritte kann andererseits den ihm überlassenen Anspruch, der auf dem nach wie vor dem Eigentümer zustehenden Eigentum basiert, nur solange geltend machen, wie er dem Eigentümer selbst zusteht; er erwirbt nicht etwa ein selbständiges Recht.

1) vgl. etwa: Commerzbank-Formular (Nr. 3), Volksbank-Formular (Nr. 11), Leonberger-Bausparkassen-Formular (Nr. 14), Wüstenrot-Formular (Nr. 13), Schwäbisch-Hall-Formular (Nr. 12), Dresdner-Bank-Formular (Nr. 5).

2) Wolff-Raiser, S. 238; Westermann, S. 137.

3) ebenso: BGH NJW 1973, S. 704.

4) vgl. BGH WM 1964, S. 426.

Diese Grundsätze, die an sich am Beispiel des Anspruchs aus § 985 BGB entwickelt wurden, haben, auf den Anspruch aus § 1169 BGB übertragen, zur Folge, daß der Rückgewähranspruch nicht wirklich abgetreten werden kann, daß nicht wirklich dem "Zessionar" ein eigener Anspruch zugewendet werden kann. Dem Zessionar kann der Anspruch "zur Ausübung" überlassen werden ; d.h. er kann den Anspruch "für sich" ausüben, soweit und solange er dem Eigentümer zusteht und dieser nicht selbst den Anspruch aus § 1169 BGB geltend macht. Diese volle Anwendung der oben dargelegten Grundsätze würde bedeuten, daß der Rückgewähranspruch, soweit er auf § 1169 BGB beruht, nicht wirklich abtretbar ist, daß er dagegen, soweit er auf schuldrechtlicher Grundlage (Sicherungsvertrag, § 812 BGB), beruht, abtretbar ist.

Eine Aufspaltung in einen abtretbaren und einen unabtretbaren Teil des Rückgewähranspruchs erscheint aus zwei Erwägungen unmöglich: zum einen bestehen nicht zwei verschiedene Rückgewähransprüche, sondern ein einziger auf zwei verschiedenen Grundlagen; es besteht "Anspruchsgrundlagenkonkurrenz", "Anspruchskonkurrenz". Das bedeutet: nicht kumulatives Zusammentreffen verschiedener selbständiger Ansprüche, sondern verschiedene Grundlage eines einzigen einheitlichen Verfügungsobjektes. Dieses einheitliche Verfügungsobjekt kann nicht auseinandergerissen werden, indem ein "Teil" abgetreten wird, der andere "Teil" beim alten Inhaber verbleibt¹⁾. Zum anderen wäre die Möglichkeit eines solchen Auseinanderreißen auch unpraktisch. Denn wer würde einen solchen schuldrechtlichen Rückgewähranspruch-Teil erwerben, wenn jederzeit der andere (sachenrechtliche) Teil vom Eigentümer geltend gemacht werden könnte.

Eine Folgerung aus der oben dargestellten Unabtretbarkeit des auf § 1169 BGB beruhenden Rückgewähranspruchs dahin, daß deshalb der gesamte Rückgewähranspruch unabtretbar ist, ist weder interessengerecht noch dogmatisch begründbar. Denn auch z.B. beim Anspruch des Vermieters

1) Huber, S. 192.

gegen den Mieter auf Räumung kann man nicht sagen, weil dieser Anspruch sowohl auf dem Mietvertrag (§ 556 BGB) als auch auf § 985 BGB beruhe (das jedenfalls, wenn das Recht zum Besitz aufgrund des Mietvertrages erloschen ist¹⁾) und der Anspruch aus § 985 BGB unabtretbar sei, sei auch der Räumungsanspruch insgesamt unabtretbar. Denn damit würde der Eigentümer-Vermieter, dem das dingliche Recht eine stärkere Stellung verschafft, insoweit eben wegen dieser "Besserstellung" schlechter gestellt. Wenn aber weder eine Aufspaltung des Rückgewähranspruchs in einen abtretbaren und einen unabtretbaren Teil noch eine grundsätzliche Unabtretbarkeit infrage kommt, bleibt als Lösung allein die einheitliche Abtretbarkeit²⁾.

Diese Lösung muß im Einklang stehen mit den oben entwickelten Grundsätzen, insbesondere dem Prinzip des Verbleibens des Eigentum-Rechts beim Eigentümer. Einen solchen Einklang vermag eine analoge Anwendung des § 986 I 2 BGB herzustellen. Danach ist dann, wenn der unmittelbare Besitzer einer Sache den Besitz für einen mittelbaren Besitzer mittelt, der dem Eigentümer gegenüber zur Weitergabe nicht befugt ist, der unmittelbare Besitzer dem Eigentümer gegenüber gehalten, auf dessen Verlangen die Sache an den mittelbaren Besitzer herauszugeben. Die Situation im Falle des § 1169 BGB ist zwar insoweit unähnlich, als hier die Bank als "unmittelbarer Besitzer" den "Besitz" an der Grundschuld nicht von einem mittelbaren Besitzer ableitet, sondern direkt vom Eigentümer erlangt hat. Doch kann man eine Übertragung des Gedankens des § 986 I 2 BGB auf den vorliegenden Fall folgendermaßen begründen: Von dem Augenblick an, in dem der Sicherungsvertrag geschlossen wird und damit der Rückgewähranspruch besteht, "besitzt" die Bank die Grundschuld "für" den Eigentümer; es bestehen Sorgfaltspflichten, etwa bei Verwahrung des Briefes (der Rückgewähranspruch umfaßt auch Briefherausgabe); die Bank "besitzt" aufgrund eines Verhältnisses, vermöge

1) vgl. Palandt-Degenhart, vor § 985, Anm. 3a, aa.

2) so auch Huber, S. 193.

dessen sie einem anderen gegenüber auf Zeit zum Besitz berechtigt ist (§ 868 BGB). In dem Augenblick nun, in dem der Rückgewähranspruch abgetreten wird, wird der Zessionar der "mittelbare Besitzer"; denn ihm gegenüber, der das Recht innehat, die "Herausgabe" der Grundschuld zu verlangen, besteht nunmehr das Besitzrecht der Bank; dieser steht gegenüber dem Rückgewähranspruch die Einrede zu, sie habe eine durch die Grundschuld gesicherte Forderung in Händen. Wenn nunmehr der Eigentümer seinen "Herausgabeanspruch" aus § 1169 BGB geltend macht, so kann er die "Herausgabe" nur an den "mittelbaren Besitzer", den Zessionar, nicht aber an sich selbst verlangen (es sei denn, der Zessionar wolle die Grundschuld nicht, § 986 I 2, 2. Altern. BGB). Dasselbe Ergebnis läßt sich schließlich auch aus der auf demselben Grundgedanken basierenden Vorschrift des § 869 S. 2 BGB herleiten. Andererseits kann der "Zessionar" bei Anwendung dieser Grundsätze der §§ 986 I 2, 869 BGB als "mittelbarer Besitzer" auch Rückgewähr an sich erlangen, wie §§ 869, 986 I 2 BGB beweisen; insoweit steht die Rückgewähr an den "Zessionar" der Rückgewähr an den Eigentümer gleich. Ohne abschließende Entscheidung hierzu erscheint eine solche Analogie jedenfalls interessengerecht.

Fraglich ist nun, ob dieser "Herausgabe"-Anspruch aus § 1169 BGB alle drei Erfüllungsmöglichkeiten des Rückgewähranspruchs beinhaltet. Wenn er diese alle umfaßt, so kann es zu Komplikationen kommen: Unter der weiteren Voraussetzung, daß die dem Rückgewähranspruch innewohnende Weisungsbefugnis des Eigentümers ebenfalls auf den Zessionar übergeht, könnte es zu verschiedenen Weisungen des Zessionars aufgrund des obligatorischen Anspruchs und des Eigentümers aufgrund des dinglichen Anspruchs kommen. Die Fragen, welcher der Weisungen dann Vorrang zukommen soll und ob die Bank bei der Mißachtung einer der beiden Weisungen schadensersatzpflichtig wird, würden nur schwerlich für alle Beteiligten interessengerecht zu lösen sein. Die Übertragung des im Rahmen des § 440 BGB oft gebrauchten Arguments, der dingliche Anspruch des § 985 BGB sei gegenüber einem obligatorischen Anspruch der "stärkere", auf den vorliegenden Fall dürfte zumindest nicht unbesehen möglich sein, da dieses Argument allenfalls das Fehlen einer Schadensersatzpflicht zu begründen vermag (und das soll das Ar-

gument dort auch nur leisten), wohl kaum aber allgemein zur Begründung einer stärkeren Wirkung des dinglichen Anspruchs dienen kann).

aa. Vorab bedarf also die Frage der Klärung, ob die Weisungsbefugnis des Eigentümers gemeinsam mit dem Rückgewähranspruch selbst auf den Zessionar übergeht. Diese Weisungsbefugnis beruht auf dem auftragsähnlichen Treueverhältnis zwischen Bank und Eigentümer bzw. auf dem Inhalt des dinglichen Anspruchs aus § 1169 BGB selbst. Soweit daher der auf § 1169 BGB basierende Anspruch "zur Ausübung" überlassen ist, enthält dieser eo ipso das Weisungsrecht. Die beim obligatorisch begründeten Rückgewähranspruch aus der Anwendung von Auftragsvorschriften folgende Weisungsbefugnis geht ebenfalls auf den Rechtsnachfolger des "Auftraggebers" über¹⁾. Aus dem Treuecharakter des Verhältnisses läßt sich nicht eine Unabtretbarkeit herleiten; denn wenn der Rückgewähranspruch als solcher abtretbar ist, so läßt sich nicht die Unabtretbarkeit der diesem innewohnenden Weisungsbefugnis rechtfertigen.

bb. Da also die oben für den möglichen Eintritt von Komplikationen genannte weitere Voraussetzung des Übergangs des Weisungsrechts zutrifft, muß die Frage entschieden werden, ob der dem Eigentümer verbliebene Anspruch aus § 1169 BGB nach Abtretung des obligatorischen Rückgewähranspruchs und Überlassen des § 1169 BGB-Anspruchs "zur Ausübung" noch alle drei Erfüllungsmöglichkeiten bzw. das Weisungsrecht beinhaltet.

Zu beachten ist zunächst, daß der dingliche Anspruch als solcher durch schuldrechtliche Abreden mit dem Zessionar nicht mit Wirkung gegenüber der Bank eingeschränkt werden kann; sie sieht sich weiterhin dem unein-

1) so allerdings aus dem Gedanken des Wahlschuldverhältnisses begründet - auch das Ergebnis der herrschenden Meinung: Staudinger-Scherübl, § 1161, Anm. 6d; a.A. wohl: Ripfel, DNotZ 1957, S. 518 (522).

geschränkten dinglichen Anspruch gegenüber, und eine Berufung auf die Abreden des Eigentümers mit dem Zessionar wäre eine unzulässige Berufung auf Rechte Dritter. Diskutabel erscheint folgender Weg:

In dem Augenblick, in dem die Bank - sei es von dem Eigentümer selbst, sei es von dem Zessionar mit dem in der Abtretung enthaltenen Einverständnis des Eigentümers dazu, in jedem Fall also letztlich auf Veranlassung des Eigentümers selbst, mittelbar von ihm - von der Abtretung benachrichtigt wird, steckt darin die - eventuell mittelbare - Erklärung des Eigentümers, seine - dingliche Weisungsbefugnis nicht ausüben zu wollen, sozusagen eine im Verhältnis zur Bank schuldrechtlich wirkende Selbstbeschränkung des dinglichen Rechts. Diese Selbstbeschränkung geht dahin, daß der Eigentümer auf eigene Weisungen verzichtet und daß ein eventuelles Rückgewährverlangen "an den Zessionar" so zu verstehen ist, daß genaue Weisungen über die Art der Rückgewähr von diesem einzuholen sind. Diese Benachrichtigung findet spätestens in dem Augenblick des Rückgewährverlangens durch den Zessionar statt. Von diesem Moment an hat die Bank der Weisung des Zessionars nachzukommen. Verlangt der Eigentümer Rückgewähr an den Zessionar; so steckt in dem Verlangen nach Rückgewähr "an den Zessionar" die Erklärung, den Rückgewähranspruch abgetreten zu haben, und damit die oben sogenannte Selbstbeschränkung des dinglichen Rechts. Der dem Eigentümer verbleibende Anspruch aus § 1169 BGB beinhaltet daher lediglich die Befugnis, Rückgewähr auf "irgendeine Weise" an den Zessionar zu verlangen, wobei über die Konkretisierung dieser "Weise" der Zessionar zu befinden hat¹⁾.

Insoweit bleibt der Grundgedanke der Unabtretbarkeit des auf § 1169 BGB beruhenden dinglichen Rückgewähranspruchs gewahrt. In der Abtretung des Rückgewähranspruchs steckt insoweit eine Überlassung des Anspruchs aus § 1169 BGB "zur Ausübung": der Zessionar kann den dinglichen Rückgewähranspruch "für sich" geltend machen. Der schuldrechtliche Rückgewähranspruch steht ihm kraft Zession ohnehin voll zu.

1) zuzugeben ist, daß damit eine weitgehende Annäherung an den Standpunkt Palandt-Degenharts, § 1169 Anm. 1, erreicht wird, der die Abtretbarkeit des Anspruchs aus § 1169 BGB bejaht.

Diese Lösung führt zu einem sachgerechten Ergebnis:

Das Eigentum wird nicht zum inhaltlosen Recht, sondern die aus ihm erwachsenden Rechte verbleiben beim Eigentümer. Andererseits stehen dem Zessionar beide Anspruchsgrundlagen, § 1169 BGB und Sicherungsvertrag bzw. § 812 BGB, zur Seite.

Lediglich dann, wenn die Bank nichts - auch nicht mittelbar - von der Abtretung erfährt, kann sie nach allgemeinen Regeln, §§ 404 ff. BGB, mit befreiender Wirkung an den Eigentümer leisten.

cc. Fraglich ist noch, ob die Abtretung des Rückgewähranspruchs dann unzulässig ist, wenn eine Löschungsvormerkung bei der Grundsuld eingetragen ist, bzw. ob dadurch der Vormerkungsfall eintritt und die Abtretung dem Vormerkungsberechtigten gegenüber unwirksam ist¹⁾.

Ausgangspunkt der Untersuchung dieser Frage muß sein, welcher Anspruch überhaupt durch die Löschungsvormerkung gesichert wird. Denn davon hängt ab, ob die Abtretung des Rückgewähranspruchs gegen den durch die Vormerkung gesicherten Anspruch verstößt.

Nach Auffassung Wörbelauers²⁾ sichert die Löschungsvormerkung den Anspruch des Berechtigten, daß der Eigentümer bei Kondiktionsreife für das Entstehen einer Eigentümergrundsuld sorgen wird und alles, was das verhindern könnte, unterlassen wird. Dieses Entstehen einer Eigentümergrundsuld sei gewissermaßen Bedingung für die Löschungsvormerkung; wenn daher der Eigentümer den Rückgewähranspruch abtrete, begeben er sich der Möglichkeit, seiner eben genannten Verpflichtung zu genügen, er vereitele also den Eintritt der Bedingung; nach §§ 160, 162 BGB sei der Bedingungseintritt daher fingiert, der Löschungsvormerkungsfall eintreten.

Für eine solche Auslegung könnte der Wortlaut des § 1179 BGB sprechen,

1) vgl. dazu Wörbelauer, NJW 1958, S. 1705 ff.; Hoche und Göhler, NJW 1959, S. 413, 416 ff.; Dempewolf, BfzGBWR 1956, S. 25 ff.

2) a. a. O.

der von der Sicherung des Anspruchs auf Löschung spricht, der auf dem Eingehen einer Verpflichtung des Eigentümers beruht, die Grundschuld löschen zu lassen, wenn sie Eigentümergrundschuld wird. Doch wenn dies tatsächlich Inhalt des vorgemerkten Anspruchs wäre, dann wäre nicht recht verständlich, warum § 1179 BGB überhaupt in das Gesetz Eingang gefunden hat; denn wenn der Anspruch dahin geht, bei Kondiktionsreife für die Umwandlung der Grundschuld in eine Eigentümergrundschuld zu sorgen, dann wäre die Vormerkung des § 883 BGB ausreichend und § 1179 BGB überflüssig. Schon oben wurde ausgeführt, daß die Löschungsvormerkung nicht die Kraft hat, das Entstehen einer belasteten Eigentümergrundschuld zu verhindern; ebensowenig hat sie die Wirkung, das Entstehen einer Eigentümergrundschuld herbeizuführen¹⁾.

Gesichert ist nicht ein Anspruch auf Entstehen, Schaffung einer Eigentümergrundschuld, sondern vielmehr der Anspruch des Berechtigten darauf, daß der Eigentümer eine entstandene Eigentümergrundschuld löschen wird; die Löschungsvormerkung soll nicht einen Anspruch auf Entstehung einer Eigentümergrundschuld sichern, sondern den Berechtigten vor Verfügungen über eine entstandene Eigentümergrundschuld sichern, entfaltet also ihre Wirkung erst nach deren Entstehen und damit Entstehen der Verfügungsgewalt des Eigentümers über die Eigentümergrundschuld. Der Unterschied zu § 883 BGB liegt dabei darin, daß ein Anspruch auf eine eintragungspflichtige Rechtsänderung an einem künftigen Recht, der Eigentümergrundschuld, bei einem gegenwärtigen Recht, der Fremdgrundschuld, eingetragen werden kann.

Wollte man anders entscheiden, würde auch z. B. die Anrechnungsvereinbarung gegen die Pflichten des Eigentümers verstoßen, da dadurch das Entstehen einer Eigentümergrundschuld verhindert wird²⁾. Die Auffassung

1) Hoche, a. a. O., S. 415.

2) vgl. zu der Frage, ob eine Zahlung auf die Forderung gegen die Löschungsvormerkung verstößt: BGH WM 1969, S. 810, mit ablehnendem Ergebnis.

Wörbelauers enthält zudem den Fehler, daß er die Abtretung des Rückgewähranspruchs zwar als wirksam - wenn auch den Vormerkungsfall auslösend - behandelt, dennoch aber §§ 160, 162 BGB anwendet, die gerade die Unwirksamkeit der Abtretung voraussetzen. Die Anwendung der §§ 160, 162 BGB hätte überdies nur eine Schadensersatzpflicht zur Folge, nicht aber Unwirksamkeit der Abtretung des Rückgewähranspruchs¹⁾.

Die Eintragung einer Löschungsvormerkung verhindert und behindert daher die Abtretung des Rückgewähranspruchs in keiner Weise.

dd. In diesem Zusammenhang taucht ein weiteres Problem auf. Wie ist die Rechtslage, wenn der Eigentümer zunächst ausdrücklich den "Anspruch aus § 1169 BGB" an einen "Zessionar" abtritt, später den sicherungsvertraglichen Anspruch an einen anderen Zessionar?

Oben ist ausgeführt worden, daß sicherungsvertraglicher und auf § 1169 BGB beruhender Anspruch einen einzigen, allerdings auf mehreren Grundlagen beruhenden Anspruch, ein einheitliches Verfügungsobjekt darstellen. Daraus muß auch in diesem Zusammenhang die Konsequenz gezogen werden: Abtretung des "Anspruchs aus § 1169 BGB" bedeutet in Wahrheit nichts anderes als Abtretung des Rückgewähranspruchs in seiner Gesamtheit, da der einheitliche Verfügungsgegenstand "Rückgewähranspruch" von den Parteien sowenig wie etwa das einheitliche Verfügungsobjekt "Eigentum an einer Sache" aufgespalten, getrennt werden kann.

Der erste Zessionar erwirbt also den gesamten Rückgewähranspruch, der zweite Zessionar erlangt mangels Inhaberschaft des Eigentümers an dem Anspruch im Zeitpunkt der Abtretung keinen Anspruch.

Ebenso ist zu entscheiden bei umgekehrter Reihenfolge obengenannter Abtretungen.

1) Selbst ein Schaden aber wäre nur sehr schwer zu begründen; vgl. dazu Feuerherdt, BfGenW 1959, S. 223 (237); vgl. Scholz, S. 369.

c) Mit welchem Inhalt steht dem Zessionar der Rückgewähranspruch zu?

Der Rückgewähranspruch umfaßt alle drei Arten der Erfüllung - Übertragung, Verzicht, Löschung -, soweit er auf schuldrechtlicher Basis beruht. Soweit er auf § 1169 BGB beruht, hat der Zessionar den Rückgewähranspruch nur "zur Ausübung". Auch der dingliche Rückgewähranspruch beinhaltet alle drei Arten der Erfüllung (s.o. S. 132).

Daher kann der Zessionar neben dem Verzicht und der Löschung auch die Übertragung der Grundsuld an sich selbst fordern, denn gerade das bedeutet, daß er den Rückgewähranspruch "für sich" geltend macht. Fraglich ist jedoch, ob diese dem Zessionar übertragene Grundsuld in seiner Hand Fremd- oder Eigentümergrundsuld ist, denn soweit der Rückgewähranspruch dinglicher Natur ist, ist er dem Zessionar nur "zur Ausübung" überlassen, und in Hand des an sich berechtigten Eigentümers wäre die Grundsuld bei Übertragung Eigentümergrundsuld.

Wenn man sich vor Augen hält, daß der an sich berechnigte Eigentümer - wie oben dargelegt - nach Abtretung des Rückgewähranspruchs aus § 1169 BGB schlechthin nur noch Rückgewähr der Grundsuld an den Zessionar verlangen, die Modalität der Rückgewähr dagegen nicht bestimmen kann, so zeigt das, daß in Wahrheit der Eigentümer selbst nach Abtretung des Rückgewähranspruchs gar nicht mehr in der Lage ist, das Entstehen einer Eigentümergrundsuld herbeizuführen. Damit aber entfällt jedes Argument dafür, daß in Hand des Zessionars die Grundsuld Eigentümergrundsuld ist. Sie wird Fremdgrundsuld¹⁾.

d) Eine letzte Frage verbleibt in diesem Zusammenhang: Kann der Zessionar des Rückgewähranspruchs die Weisungsbefugnis mit vollem Inhalt ausüben, wenn der Eigentümer ihm ausdrücklich z.B. "den Verzichtsanspruch" abgetreten hatte?

Die h. M., die vom Wahlschuldverhältnis ausgeht, spaltet sich hier in zwei

1) ebenso: Feuerherdt, a.a.O., S. 236.

Lager: die einen¹⁾ gehen davon aus, durch die so beschränkte Abtretung des Rückgewähranspruchs werde das Wahlschuldverhältnis automatisch auf den abgetretenen Anspruch konkretisiert, der Eigentümer verliere jedes Gläubigerrecht, der Zessionar erhalte nur die ihm abgetretenen Gläubigerbefugnis. Andere wiederum²⁾ gehen von § 263 BGB aus, wonach die Wahl nur durch Erklärung gegenüber dem anderen Teil ausgeübt werden kann; nach ihnen erfolgt die Konkretisierung des Wahlschuldverhältnisses erst in dem Augenblick, in dem der Grundschildgläubiger Kenntnis davon vom Eigentümer erhält. Wie die Verhältnisse allerdings in der Zeit zwischen beschränkter Abtretung und Nachricht davon an die Bank liegen, insbesondere ob der Zessionar nur den ihm abgetretenen Anspruch und der Eigentümer die beiden anderen Ansprüche innehat, darüber schweigt diese Auffassung.

Diese Probleme stellen sich nach hier vertretener Auffassung nicht. Die Weisungsbefugnis ist notwendiger Bestandteil des Rückgewähranspruchs. Als solcher geht sie grundsätzlich auf den Zessionar über, und zwar in vollem Umfang (vgl. oben). Wenn der Eigentümer den Rückgewähranspruch beschränkt auf eine einzige noch mögliche Weisung abtritt, so erwirbt der Zessionar auch nur einen Rückgewähranspruch mit einer einzig möglichen Weisung. Der Bank gegenüber vermag er jedoch - auch wenn er damit gegen seine Absprachen mit dem Eigentümer verstößt - von einer ihm nicht mit abgetretenen Weisungsmöglichkeit Gebrauch zu machen. Die Bank wird bei entsprechender Leistung frei. Wenn sie die Beschränkung der Abtretung kennt, kann sie sich jedoch weigern, dieser Weisung Folge zu leisten, da die Rechtsmacht des Zessionars nicht so weit geht. Sie ist aus dem Treueverhältnis zwischen ihr und dem Eigentümer heraus diesem gegenüber dazu sogar verpflichtet.

Nicht möglich ist selbstverständlich eine Abtretung des Rückübertragungs-

1) vgl. Dempewolf, NJW 1958, S. 673; ders. NJW 1957, S. 1257 (1258); Komanns, S. 24.

2) vgl. Scholz, Festschrift Möhring, S. 419 (436).

anspruchs an einen Zessionar, des Verzichts- oder Lösungsanspruchs an einen anderen: denn der Rückgewähranspruch ist ein einheitlicher Anspruch, der lediglich die Befugnis zu verschiedenen Weisungen enthält; nicht bestehen auf verschiedene Ziele gerichtete, verschiedene Ansprüche. Wirksam ist in einem solchen Falle nur die zeitlich erste Abtretung.

Fraglich ist jedoch, wie die Rechtslage dann ist, wenn der Eigentümer einen "Rückübertragungsanspruch" an den einen Zessionar, einen "Verzichtsanspruch" an einen anderen abtritt, falls zwischen Bank und Eigentümer die Beschränkung der Weisungsbefugnis auf den Verzichtsanspruch vereinbart ist. In diesem Falle (Voraussetzung ist immer, daß tatsächlich nur solche Ansprüche abgetreten sein sollten und nicht die Auslegung ergibt, daß in Wahrheit der Rückgewähranspruch in seiner Gesamtheit abgetreten sein sollte) hat der erste Zessionar einen Rückgewähranspruch in der Hand, mit dem er nichts anfangen kann, da die ihm abgetretene Weisungsbefugnis nicht existiert. Der andere Zessionar dagegen scheint gänzlich ohne Rückgewähranspruch dazustehen, da zum Zeitpunkt der Abtretung an ihn der Eigentümer nicht mehr Inhaber des Anspruchs war.

Bei einer solchen Situation ist jedoch die erste Zession unwirksam: das übertragene Recht existiert nicht, denn ein Anspruch auf (im Beispiel) Rückübertragung bestand nicht. Einen gutgläubigen Erwerb einer Forderung gibt es nicht, § 404 BGB. Der zweite Zessionar ist demnach Inhaber des Rückgewähranspruchs mit der auf Verzicht gerichteten Weisungsbefugnis geworden.

c) Abschließend ist zur Abtretung des Rückgewähranspruchs noch folgendes anzumerken: Entgegen vielfach bestehenden Bedenken in der Praxis ist durch die Tatsache, daß der Rückgewähranspruch abgetreten ist, weder die Bank noch der Eigentümer bzw. Schuldner in irgendeiner Weise gehindert, die Grundsuld zu "revalutieren", d.h. neue Forderungen der Bank gegenüber dem Schuldner zu begründen; denn da die Grundsuld nach den Formularerklärungen alle Ansprüche aus der Geschäftsverbindung o.ä. sichert, ist auch für den Zessionar erkennbar, daß der Rückge-

währanspruch erst bei Beendigung dieser Geschäftsverbindung durchsetzbar sein wird. Eine Revalutierung ist lediglich dann nicht möglich, wenn die Grundschild nur für eine ganz bestimmte Forderung gegeben wurde, der Rückgewähranspruch abgetreten wurde und die Bank nunmehr eine neue, andere Forderung durch die Grundschild sichern will; denn in diesem Fall ist die Durchsetzbarkeit des Rückgewähranspruchs allein abhängig vom Erlöschen der ganz bestimmten, durch die Grundschild gesicherten Forderung; eine Vereinbarung zur Änderung der Durchsetzbarkeit liegt nicht mehr in der Macht des Eigentümers¹⁾. Es ist auch im Regelfall nicht anzunehmen, daß der Eigentümer sich dem Zessionar gegenüber mit der Abtretung verpflichtet, von seiner Seite aus eine künftige Revalutierung zu vermeiden. Erst recht ist die Bank nicht gehindert, neue Forderungen gegen den Eigentümer/Schuldner zu erwerben, da sie durch die Abtretung des Rückgewähranspruchs zu dem Zessionar nicht in vertragliche Beziehungen tritt und ihr wie dem Eigentümer die Revalutierung nicht als treuwidrige Vereitelung der Realisierung des Rückgewähranspruchs angelastet werden kann²⁾. Grenze all dessen ist kollusives Zusammenwirken zwischen Bank und Schuldner/Eigentümer zum Nachteil des Zessionars.

Wenn der Rückgewähranspruch allerdings kraft Gesamtrechtsnachfolge übergeht, dann ergeben sich alle vorgenannten Fragen nicht: der Rechtsnachfolger tritt in den Sicherungsvertrag und - davon wird hier ausgegangen, da es sich ansonsten um Rechtsnachfolge des Rückgewähranspruch-Zessionars handelt, dessen Rechtsstellung oben untersucht wurde - in das Eigentum am Grundstück ein; ihm stehen daher sicherungsvertraglicher und auf § 1169 BGB beruhender Rückgewähranspruch so zu, wie sie der Rechtsvorgänger innehatte.

1) ebenso: Scholz, S. 129.

2) ebenso: Scholz, Festschrift Möhring, S. 419 (438); Feuerherdt, BlfGenW 1959, S. 223 (226).

2.) Rechtsnachfolge bezüglich des Grundstücks

Weiterhin ist die Frage zu untersuchen, was mit dem Rückgewähranspruch wird, wenn Einzel-Rechtsnachfolge am Grundstück eintritt; d.h. also, wem der Rückgewähranspruch zusteht, wenn der Eigentümer das Grundstück an einen Dritten übereignet.

Eines scheint auf den ersten Blick klar: der schuldrechtliche Anspruch jedenfalls steht dem Grundstückserwerber nur zu, wenn er an diesen abgetreten wird. Denn der Erwerber ist weder Partei des Sicherungsvertrags noch derjenige, der ohne rechtlichen Grund an die Bank die Grundschuld geleistet hat.

Eine solche Abtretung erfolgt meistens nicht ausdrücklich.

a) In dem einzigen, für den Fall des Eigentumsübergangs am Grundstück die Frage des Rückgewähranspruchs regelnden Formular ¹⁾ heißt es: "Wechselt der Eigentümer des Pfandobjektes, so steht der Anspruch auf Rückgewähr der Grundschuld dem neuen Eigentümer des Pfandobjekts zu, es sei denn, daß der Bausparkasse von den Beteiligten eine andere übereinstimmende Erklärung vorgelegt wird". Diese Vertragsbestimmung ist als Vertrag zugunsten Dritter zu bewerten, § 328 BGB. Daß der Dritte nicht bestimmt ist, schadet nicht, da der Dritte lediglich bestimmbar sein muß²⁾ und infolge der Bestimmung "neuer Eigentümer" hinreichend bestimmbar ist. Dieser Vertrag zugunsten Dritter bewirkt, daß im Moment des Eigentumserwerbs der Erwerber einen Anspruch gegen den Eigentümer auf Abtretung des Rückgewähranspruchs erlangt. Der Inhalt des Rückgewähranspruchs bleibt bei der Abtretung unverändert, insbesondere bleiben die Einreden erhalten, da der Dritte nach dem Parteiwillen nur den alten Rückgewähranspruch mit allen gegen ihn bestehenden Einreden, wie etwa mit einer Grundschuld belastetes Grundeigentum, erhalten soll. Der Dritte kann jedoch auf den Erwerb des Anspruchs ver-

1) Bausparkasse Schwäbisch Hall (Nr. 12).

2) Palandt-Heinrichs, § 328, Anm. 1.

zichten, § 333 BGB. Das Verlangen nach einer übereinstimmenden Erklärung der Beteiligten wird aus Beweis- und aus Rechtsgründen gestellt; denn damit erklären Erwerber und alter Eigentümer, daß keine, auch keine stillschweigende Abtretung des Rückgewähranspruchs zwischen ihnen erfolgt ist, und die Bank kann die Rückgewähr an den alten Eigentümer vornehmen.

b) Wie aber ist die Lage in den anderen Fällen, wo keine ausdrückliche vertragliche Abrede getroffen ist?

Fraglich ist, wann eine stillschweigende Abtretung angenommen werden kann. Wenn der Dritte das Grundstück mit allen Belastungen erworben hat, ohne zugleich die diesen zugrundeliegenden schuldrechtlichen Verbindlichkeiten zu übernehmen, und diese Tatsache bei Berechnung des Kaufpreises berücksichtigt wird, so ist folgendes klar: wenn der frühere Eigentümer die Schuld tilgt, so soll ihm die Grundsuld zustehen, da die dingliche Belastung den Erwerber auf jeden Fall treffen soll, der deshalb beim Kaufpreis einen Nachlaß erhalten hat. Der Rückgewähranspruch steht in diesem Fall dem ehemaligen Eigentümer zu, eine stillschweigende Abtretung ist nicht anzunehmen¹⁾.

Übernimmt darüber hinaus der Erwerber auch die persönliche Schuld, so ist eine stillschweigende Abtretung des Rückgewähranspruchs an ihn anzunehmen²⁾; denn wenn er die Schuld tilgt, so soll gegen ihn nicht noch einmal aus der Grundsuld vorgegangen werden können, und er soll nicht auf die Geltendmachung des Rückgewähranspruchs durch den früheren Eigentümer angewiesen sein. Nach Übertragung aller Pflichten und Lasten will dieser im Regelfall mit der Grundsuldangelegenheit nicht mehr behelligt werden. Wird die Übernahme der persönlichen Schuld

1) vgl. Huber, S. 133; Rabel, NJW 1953, S. 1247 (1249); Scholz, S. 367; vgl. auch BGH WM 1958, S. 932; WM 1967, S. 956.

2) Scholz, a. a. O.

durch die Bank jedoch nicht genehmigt, § 415 BGB, so ist die Situation dieselbe, wie oben beschrieben; die Erteilung der Genehmigung ist aufschiebende Bedingung für die Abtretung des Rückgewähranspruchs. Entgegen vielfach vertretener Auffassung¹⁾ ist dabei die Vorschrift des § 416 BGB, die eine Erleichterung des Genehmigungserfordernisses bringt, auch für den vorliegenden Fall anwendbar. Denn das Gesetz selbst sieht in § 53 II ZVG die Anwendbarkeit des § 416 BGB auf die Grundschild vor²⁾. Intern ist dabei der Erwerber des Grundstücks dem früheren Eigentümer gegenüber zur Erfüllung der Schuld verpflichtet, solange die Genehmigung der Schuldübernahme nicht erfolgt ist bzw. endgültig abgelehnt ist, § 415 III BGB. Wenn der Erwerber dieser Pflicht nicht nachkommt, hat der frühere Eigentümer einen Regreßanspruch gegen ihn, wenn er die Bank befriedigt. Da der ehemalige Eigentümer - wie oben dargelegt - Inhaber des Rückgewähranspruchs bleibt, bis die Genehmigung erteilt ist, hat er in diesem Fall nach Rückgewähr der Grundschild an sich durch Rückübertragung eine Sicherheit für diesen Regreßanspruch in Händen. Die diesbezügliche Sicherungsabrede steckt - konkludent - in den auf die Grundschild bezogenen Kaufvertragsabreden³⁾.

Wenn der Erwerber die Grundschild nicht mitübernimmt, so ist der frühere Eigentümer zur Befreiung des Grundstücks von der Belastung verpflichtet, § 439 BGB. Das kann er nur erreichen, indem er die persönliche Schuld ablöst. Der infolgedessen durchsetzbare Rückgewähranspruch ist als dem Erwerber stillschweigend abgetreten anzusehen, der die Art des Freiwerdens näher bestimmen kann. Der frühere Eigentümer hat alles zur Befreiung von der Belastung Erforderliche getan, ihm steht ein Rückgewähranspruch nicht mehr zu⁴⁾. Die Durchführung der Befreiung selbst

1) vgl. Soergel-R. Schmidt, § 416, Anm. 2.

2) im Ergebnis ebenso: OLG Braunschweig MDR 1962, S. 736;
Palandt-Heinrichs, § 416, Anm. 3.

3) Huber, S. 134.

4) ebenso: Scholz, S. 367, unter Hinweis auf BGH v. 30.11.51 V ZR 62/50; a.A.: Huber, S. 133/4.

obliegt dem Erwerber, dessen Interessen durch § 439 BGB gedient werden soll; diesen wird am besten dadurch genügt, daß er den Rückgewähranspruch erwirbt und der Veräußerer dessen Durchsetzbarkeit herbeiführt. Soweit dem Erwerber der Rückgewähranspruch nicht abgetreten wird, steht ihm auch nicht etwa der Anspruch aus § 1169 BGB zu. Denn ihm steht keine Einrede gegen die Grundschild zu - wie § 1169 BGB fordert - , da er nicht Partei des Sicherungsvertrags geworden ist.

Wenn die Rechtsnachfolge am Grundstück kraft Gesamtrechtsnachfolge eintritt, dann gilt nichts anderes, als oben schon gesagt: dem Nachfolger steht der sicherungsvertragliche wie der Rückgewähranspruch aus § 1169 BGB zu.

3.) Rechtsnachfolge bezüglich der Grundschild

Weiterhin kann ein Fall der Rechtsnachfolge eintreten, wenn die Bank die Grundschild an einen Einzelrechtsnachfolger weitergibt. Die dann eintretende rechtliche Lage soll im folgenden geklärt werden. Dabei sind zwei verschiedene Möglichkeiten getrennt zu untersuchen: "normale" Abtretung der Grundschild, nämlich während der Zeit, in der die gesicherte Forderung noch nicht fällig ist, und Abtretung der Grundschild zum Zwecke ihrer Verwertung, der Befriedigung der Bank wegen der gesicherten Forderung.

a) Für die "normale" Abtretung der Grundschild besteht zunächst das Problem, ob diese überhaupt möglich ist. Die Möglichkeit einer solchen "normalen" Abtretung wird vielfach verneint¹⁾. Zur Beantwortung der Frage ist zunächst der Sicherungsvertrag heranzuziehen.

aa. Ausdrücklich enthält nur das Formular der Volksbanken (Nr. 11) unter V. eine Abrede des Inhalts, daß die Bank zu einer Abtretung der Grundschild berechtigt sein solle (und daß weiterhin die alten Geschäftsverbindungsansprüche der Bank gegen den Kunden gesichert sein sollen).

1) RG JW 1928, S. 2782; Seckelmann, S. 126.

bb. In den anderen Formularen fehlen ausdrücklich Bestimmungen. Fraglich ist, ob ein konkludent vereinbartes Abtretungsverbot oder -Erlaubnis anzunehmen ist¹⁾.

Einerseits hat die Bank ein Interesse an der Abtretbarkeit; denn sie will unter bestimmten Umständen, etwa bei Fusionen oder bei Refinanzierungsbedarf, dazu in der Lage sein. Andererseits hat der Eigentümer ein Interesse daran, daß seine rechtliche Position durch eine Abtretung der Grundsuld nicht verschlechtert wird. Zunächst soll daher die Frage untersucht werden, ob eine Verschlechterung dieser Position infolge der Abtretung der Grundsuld eintreten kann. Erst wenn das positiv beantwortet wird, ist eine Abwägung der widerstreitenden Interessen erforderlich.

(a) Eine solche Verschlechterung der rechtlichen Position des Eigentümers kann einmal dadurch eintreten, daß ihm gegen den Erwerber der Grundsuld gewisse Einreden nicht möglich sind, die er dem alten Gläubiger hätte entgegenhalten können. Oben ist ausgeführt, daß der Eigentümer - nach der hier vertretenen Auffassung - auch dem Grundsuldzessionar, der den Sicherungscharakter der Grundsuld kennt, die Einrede entgegenhalten kann, die Grundsuld dürfe nicht geltend gemacht werden, wenn und solange er seinen Verpflichtungen aus der gesicherten persönlichen Forderung ordnungsgemäß nachkomme. Insoweit kann also die Rechtslage des Eigentümers sich durch eine Zession nicht verschlechtern.

Eine solche Verschlechterung kann zum andern jedoch eintreten, wenn der Rückgewähranspruch nach Erfüllung der gesicherten Forderung nunmehr praktisch ins Leere geht. Denn der Rückgewähranspruch aus dem Sicherungsvertrag besteht nicht ohne weiteres gegen den Grundsuldzessionar, da dieser nicht Partner des Sicherungsvertrags ist. Insbesondere bewirkt § 1157 BGB im Falle der Bösgläubigkeit des Zessionars lediglich, daß die-

1) OLG Köln DNot Z 1970, S. 419 (einschränkend auf den nicht valutierten Teil der Grundsuld) m.w.N.

ser sich Einreden entgegenhalten lassen muß, nicht aber, daß der schuldrechtliche Rückgewähranspruch ihm gegenüber besteht¹⁾. Der Anspruch aus § 1169 BGB versagt gegenüber einem gutgläubigen Zessionar, § 1157 BGB, d. h., wenn dieser die Einrede nicht kennt. Gegenüber einem bösgläubigen Zessionar besteht ebenfalls kein Anspruch aus § 1169 BGB²⁾. Denn eine solche Einrede im Sinne des § 1169 BGB muß immer eine dauernde sein; aus der Verknüpfung mit § 1157 BGB ergibt sich, daß nur dann, wenn der Zessionar eine bei Erwerb bestehende, dauernde Einrede kannte, ihm gegenüber der Anspruch aus § 1169 BGB gegeben ist. Bei Erwerb der Grundsuld aber besteht im Regelfall keine dauernde Einrede, die der Erwerber kennt. Allein aus der Kenntnis des Sicherungscharakters läßt sich eine solche Kenntnis nicht herleiten, da insbesondere die Einrede der ordentlichen Erfüllung der gesicherten Forderung ihrer Natur nach keine dauernde ist. Denn die Einrede der ordnungsgemäßen Erfüllung der gesicherten Forderung ist deshalb keine dauernde, die den Grundsuldgläubiger auf immer an der Geltendmachung der Grundsuld hindert, weil sie für die Zukunft quasi bedingt durch weitere ordnungsgemäße Forderungstilgung ist. Im Augenblick der Abtretung kennt der Erwerber, der lediglich den Sicherungscharakter kennt, damit im Regelfall keine die Geltendmachung des erworbenen Rechts dauernd ausschließende Einrede. Gegen den Zessionar, der nur den Sicherungscharakter der Grundsuld kennt, kann also auch der Anspruch aus § 1169 BGB nicht geltend gemacht werden. Selbstverständlich gibt § 1169 BGB gegen den Grundsuldzessionar, der eine dauernde Einrede, etwa die der im Abtretungszeitpunkt bestehenden endgültigen Nichtvalutierung, kennt, insoweit einen Anspruch auf Rückgewähr. Eine solche Fallgestaltung aber ist nicht der Regelfall.

Der sicherungsvertragliche Rückgewähranspruch besteht lediglich gegenüber dem Zedenten, dem Alt-Gläubiger der Grundsuld; auch der Anspruch

1) BGH WM 1967, S. 566.

2) offengelassen in BGH WM 1967, S. 566; BB 1967, S. 1144; a. A.: Kretzschmar, ZBIFG 1913, S. 1 (4).

aus § 1169 BGB besteht gegenüber dem neuen Grundschuldgläubiger nicht und auch nicht gegenüber dem Zedenten, da dieser nicht mehr Grundschuldgläubiger ist. Der Zedent ist nicht in der Lage, den sicherungsvertraglichen Rückgewähranspruch zu erfüllen, da er die Grundschuld abgetreten hat.

Die Abtretung der Grundschuld stellt also insoweit eine "Verletzung" des Rückgewähranspruchs dar, als einmal der dingliche Anspruch aus § 1169 BGB zunichte gemacht wird und zum andern die Erfüllung des sicherungsvertraglichen Anspruchs durch den Zedenten unmöglich gemacht wird. Damit ist die Rechtsstellung des Eigentümers hinsichtlich der Durchsetzbarkeit des Rückgewähranspruchs verschlechtert. Denn ein Schadensersatzanspruch gegen den Zedenten wegen Verletzung der sicherungsvertraglichen Pflichten bzw. wegen von ihm zu vertretender Unmöglichkeit der Rückgewähranspruchserfüllung könnte allenfalls dann dem Rückgewähranspruch selbst wirtschaftlich gleichgestellt werden, wenn ein solcher tatsächlich alle Nachteile des Eigentümers ausgleichen würde. Bei der Belastung eines Grundstücks aber, die zu dessen Verwertung führen kann, ist schon ein ideeller Wert des Grundstücks zu berücksichtigen, der nicht ausgeglichen würde. Auch ist dann, wenn man der herrschenden Meinung zum bindungslosen, von Einreden freien Grundschuldwerb folgt, der Schaden des Eigentümers schwer zu bestimmen: wie hoch wäre die Gefahrerhöhung bezüglich der Grundstücksverwertung infolge dieses einrede-freien Erwerbs zu bewerten; wie hoch wäre im Falle einer Verwertung der Unterschied zwischen tatsächlich eingetretener und potentieller, zeitlich versetzter Verwertung durch den Zedenten zu bewerten; wer trüge hinsichtlich des Bestehens und der Höhe einer solchen Differenz die Beweislast? Ein mit so vielen Zweifelsfragen behafteter Schadensersatzanspruch ist dem Rückgewähranspruch wirtschaftlich nicht gleichwertig¹⁾.

1) a.A.: Scholz, NJW 1962, S. 2228 (2230); Komanns, S. 39, allerdings ohne auf diese Problematik einzugehen.

Dabei ist insbesondere der von Huber¹⁾ geäußerten Ansicht zu widersprechen, diese Verletzung sei nicht gegeben, wenn nur der Alt-Gläubiger Sorge dafür trage, daß bei Beendigung des Sicherungsverhältnisses die Grundschuld zurückgewährt wird; das könne durch Auferlegung entsprechender Verpflichtungen des Zessionars erfolgen. Da der Rückgewähranspruch von Abschluß des Sicherungsvertrags an fällig ist, wird der Anspruch schon in dem Augenblick der Abtretung verletzt. Denn hier ist einzig und allein auf die Verletzungshandlung abzustellen, nicht auf den Verletzungserfolg. Ob dieser eintritt oder nicht, liegt nicht in der Hand des Zedenten, sondern hängt von der Vertragstreue des Zessionars ab. Diese ist aber im Regelfall nicht gewiß. Schon allein wegen dieser Ungewißheit ist die Rechtsstellung des Eigentümers verschlechtert.

Fraglich ist jedoch, ob diese Verschlechterung nicht auf anderem Wege vermieden werden kann. Huber²⁾ ist der Auffassung, die Abtretung sei erlaubt, wenn gesicherte Forderung und Grundschuld gemeinsam abgetreten werden. Er folgert das daraus, daß der Geltendmachung der Grundschuld nicht die Einrede entgegengehalten werden kann, die Forderung sei inzwischen bezahlt, wenn Gläubiger der Forderung und der Grundschuld verschieden seien.

Oben bereits wurde nachgewiesen, daß in allen Fällen, in denen die Grundschuld abgetreten wird, obwohl die Forderung ordnungsgemäß erfüllt wird, eine Einrede gegen den Zessionar besteht, der den Sicherungscharakter der Grundschuld kannte. Auf diesem Weg kann selbstverständlich auch die ordnungsgemäße Erfüllung der gesamten gesicherten Forderung als Einrede geltend gemacht werden; die Grundschuld ist undurchsetzbar. Ob der Grundschuldzessionar die Forderung miterwirbt oder nicht, ist insofern

1) S. 156.

2) a. a. O.

belanglos¹⁾.

Ein wirtschaftlicher Schutz des Eigentümers könnte jedoch insofern gegeben sein, als er die Zahlung auf Forderung ablehnen kann, wenn er nicht die Grundsuld bzw. einen Teil davon zurückgewährt erhält.

Insofern ist es ganz herrschende Meinung²⁾, daß immer dann, wenn wegen Erfüllung der gesicherten Forderung der Rückgewähranspruch durchsetzbar wird (das ist insbesondere nicht der Fall, wenn andere Forderungen mitgesichert sind und deshalb der Rückgewähranspruch nicht durchsetzbar wird; z.B. bei Sicherung aller Ansprüche aus der Geschäftsverbindung nützt Tilgung eines Kredites nichts), der Schuldner gegen die Forderung die Einrede der Grundsuldrückgewähr hat. Konstruktiv ist dies die Einrede eines Zurückbehaltungsrechts, § 273 BGB³⁾. Denn der Rückgewähranspruch wird im Moment der Erfüllung durchsetzbar. Er entstammt demselben rechtlichen Verhältnis; denn zwischen Forderung und Sicherungsvertrag besteht - auch wenn zusammengehöriges einheitliches Lebensverhältnis, eine wirtschaftliche Konnexität, die es treuwidrig erscheinen lassen würde, den einen Anspruch ohne den anderen geltend zu machen⁴⁾.

Die Ansicht Hubers⁵⁾ geht fehl. Eine automatische "Ergänzung" des der Forderung zugrundeliegenden Vertrags durch den Sicherungsvertrag der-

1) Huber selbst kommt an anderer Stelle (S. 147) zu dem Ergebnis, auch dem Grundsuldzessionar, der zugleich Forderungszessionar ist, könne trotz Zahlung der Forderung gegen die Grundsuld keine Einrede entgegengehalten werden. Er widerspricht sich damit im Ergebnis selbst. Zum anderen begründet die negative Erklärung Hubers, daß die Nichtvalutierungseinrede bei getrennter Existenz von Forderung und Grundsuld nicht bestehe, noch nicht, daß der Eigentümer bei Identität vom persönlichen und dinglichen Gläubiger geschützt ist.

2) Huber, S. 110 m.w.N.

3) vgl. dazu Huber, S. 112, Fußn. 11.

4) Palandt-Heinrichs, § 273, Anm. 4.

5) S. 112/3.

gestalt, daß er "modifiziert" wird, die "Grenzen des Anspruchs" neu gesteckt werden und daher "der Schuldner nicht mehr zur Leistung schlechthin, sondern nur noch zur Leistung gegen Rückgewähr der Grundsuld verpflichtet ist", soll nach dem regelmäßigen Willen der Parteien wohl kaum erreicht werden. Daß er den Inhalt des persönlichen Schuldverhältnisses "ergänzt", wird insbesondere dem vom Schuldner verschiedenen Eigentümer kaum bewußt sein. Diese "Ergänzungs"-Theorie wird daher dem Willen der Parteien nicht gerecht¹⁾.

Dem läßt sich nicht entgegenhalten, das Zurückbehaltungsrecht bestehe nicht bei fehlender Identität von Schuldner und Eigentümer²⁾. Richtig ist zwar, daß insoweit beim Schuldner eine unzulässige exceptio ex iure tertii vorläge³⁾. Doch findet für diesen Fall der Rechtsgedanke des § 1167 BGB in Verbindung mit den §§ 670, 257 BGB Anwendung⁴⁾. Denn der Schuldner hat ein rechtliches Interesse an der Grundbuchberichtigung. Dieses ergibt sich entweder aus den §§ 670, 257 BGB, oder, wenn die Sicherheitenstellung durch den Eigentümer auf reiner Gefälligkeit beruhte, daraus, daß zwar auf Seiten des Eigentümers kein Rechtsfolgewillen vorlag, aber doch für den Schuldner Sorgfaltspflichten hinsichtlich der Grundsuld entstehen, insbesondere die, für Rückgewähr der Grundsuld Sorge zu tragen⁵⁾. Der Schuldner kann daher beglaubigte Quittung und Briefaushändigung an den Eigentümer verlangen.

Dasselbe gilt auch für den Fall, daß der Eigentümer den Rückgewähranspruch abgetreten hatte. Ist er zugleich persönlicher Schuldner, so trifft der Rechtsgedanke der §§ 1167, 670, 257 BGB ebenfalls zu, da er dem

1) Insoweit ist Hubers (S. 112, Fußn. 11) Kritik an der Entscheidung des BGH in LM § 275, Nr. 8 nicht berechtigt. Im konkreten Fall konnte tatsächlich nur die exceptio doli helfen.

2) Huber, S. 114.

3) Komanns, S. 11.

4) Staudinger-Scherübl, § 1192, Anm. 6d.

5) vgl. Flume, § 7, 5-7;

Zessionar gegenüber aus der Abtretung Sorgfaltspflichten hat. Das gilt mit der Abwandlung, daß Quittungs- und Briefherausgabe an den Zessionar verlangt werden muß, auch für den Fall, daß Schuldner und Eigentümer verschieden sind und der Rückgewähranspruch zediert wurde.

Da die Einrede des Zurückbehaltungsrechts, § 273 BGB, wie die aus § 1167 BGB hergeleiteten Einreden lediglich aufschiebend ist, da sie nur eine Zug-um-Zug-Einrede darstellt, kann das auf die Forderung ohne Berufung auf die Einrede Geleistete nicht kondiziert werden¹⁾.

Damit besteht im Ergebnis also ein wirtschaftlicher Schutz des Eigentümers. Dieser hängt jedoch im Falle der Personenverschiedenheit von der Geltendmachung der Einrede durch den Schuldner ab. Im anderen Falle, bei Identität, ist also die Schlechterstellung des Eigentümers aufgehoben. Er kann die Zahlung auf die Forderung verweigern, wenn ihm die Grundschuld nicht zugleich zurückgewährt wird. Für diesen besonderen Fall ist der Auffassung Hubers²⁾ daher zuzustimmen. Das gilt jedoch weder in den Fällen der Nicht-Identität noch in den - regelmäßig vorliegenden - Fällen, daß die Rückgewähranspruchs-Einrede wegen der Besicherung mehrerer Forderungen gar nicht erhoben werden kann.

Auch die gemeinsam erfolgende Abtretung von Grundschuld und gesicherter Forderung schützt den Eigentümer daher nicht (das gilt in besonderem Maße, wenn Eigentümer und Schuldner personenverschieden sind). Sie schützt ihn allenfalls insoweit, als nach h. M. der Erwerber bezüglich einer eventuellen Teil-Nichtvalutierung bösgläubig ist, § 1157 BGB, und damit der Anspruch aus § 1169 BGB gegen ihn besteht.

Aber die Durchsetzung des gesamten Rückgewähranspruchs erscheint auch in diesem Fall gefährdet, da dieser bzw. die Einrede des § 1157 BGB, auf der er beruht, in vollem Umfang im Zeitpunkt des Erwerbs nicht bestand.

1) Küchler, S. 100; Palandt-Degenhart, § 1191, Anm. 3h.

2) vgl. Huber, S. 156.

Damit verbieten grundsätzlich die Interessen des Eigentümers eine Abtretung der Grundschild während der Laufzeit der gesicherten Forderung.

(b) Nunmehr müssen also die Interessen der Bank und des Eigentümers gegeneinander abgewogen werden.

Einerseits ist zu bedenken, daß das Interesse der Bank an Abtretbarkeit während laufender Geschäftsverbindung relativ gering bzw. nur in Ausnahmefällen größeren Umfangs ist. Andererseits wird der Eigentümer durch die Abtretung der Grundschild jedenfalls dann nicht unzumutbar beeinträchtigt, wenn der Zedent den Zessionar zur Rückgewähr verpflichtet¹⁾.

Daraus wird man folgenden Schluß ziehen können:

Die Bank ist zur Abtretung während des Laufs der Geschäftsverbindung grundsätzlich nicht berechtigt²⁾. Sie ist dazu nur unter zwei Voraussetzungen befugt: Sie muß - denn anderenfalls verdient der Eigentümer Schutz, da er bei der Zession ein Risiko läuft - ein besonderes Interesse an der Zession dartun, etwa Fusion zweier Bankinstitute, Refinanzierung³⁾. Weiterhin muß die Bank für Rückgewähr der Grundschild durch den Zessionar im Zeitpunkt der Durchsetzbarkeit des Anspruchs gegen sich selbst Sorge tragen. Erforderlich ist daher insbesondere z.B., daß die Bank ihrer Refinanzierungsbank gegenüber die Haftung der Grundschild für ihre eigenen Verbindlichkeiten bei der Refinanzierungsbank nach Ziff. 19 AGB - sofern diese in diesem Verhältnis gelten - ausschließt.

Beide Voraussetzungen müssen erfüllt sein, sonst greift ein stillschweigendes Abtretungsverbot ein⁴⁾. Ein stillschweigendes Abtretungsverbot

1) vgl. Huber, S. 156.

2) so: Seckelmann, S. 91.

3) in der Tendenz ähnlich: Reithmann, NJW 1973, S. 879 (883).

4) im Ergebnis ähnlich: Staudinger-Scherübl, § 1191, Anm. 6b; RG JW 1936, S. 2310; im Ergebnis a.A.: BGH NJW 1972, S. 1463.

greift selbstverständlich dann nicht ein, wenn im Sicherungsvertrag der Eigentümer die Abtretung ausdrücklich erlaubt. Insofern enthält daher die Formularbestimmung der Volksbanken eine Erweiterung der Rechte der Bank, als sie die Abtretung erlaubt.

Ebenso ist die Abtretung der Grundsuld erlaubt, wenn der Eigentümer dem ausdrücklich zustimmt. Eine solche ausdrückliche Zustimmung dürfte im Regelfall in einer sog. Refinanzierungsklausel zu sehen sein¹⁾.

Diese im Individualvertrag getroffene Vereinbarung wird nicht etwa durch Ziff. 19 AGB eingeschränkt; denn bei derartigen Unterschieden gilt das individuell Vereinbarte, die Zweckerklärung. (Die Volksbanken scheinen von dieser Erweiterung ihrer Rechte jedoch nur in Refinanzierungsfällen Gebrauch zu machen, Fällen, in denen jedenfalls die oben erstgenannte Voraussetzung gewahrt ist und - im Rahmen des Vorhersehbaren - die Rechte des Eigentümers im Ergebnis kaum beeinträchtigt werden können.)

Die Abtretung der Grundsuld ist selbstverständlich auch dann erlaubt, wenn sie auf Wunsch des Schuldners/Eigentümers erfolgt, z. B. bei Umschuldungen, die in seinem Interesse und aufgrund seines Willens vorgenommen werden. Eine solche Abtretung stellt indes keine Abtretung im eben erörterten Sinne dar, sondern eine Form der Erfüllung des Rückgewähranspruchs: durch die Umschuldung werden die Forderungen der Bank getilgt, der Rückgewähranspruch wird durchsetzbar; in dem Umschuldungsantrag bzw. -Auftrag des Schuldners/Eigentümers liegt insoweit die Weisung des Eigentümers, die Rückgewähr durch Übertragung der Grundsuld auf den Umschuldenden vorzunehmen. Soweit Eigentümer und Schuldner nicht identisch sind, ist dagegen ein "Einverständnis" o. ä. des Eigentümers in die Grundsuld-Übertragung erforderlich.

Eine solche Umschuldung ist daher nicht möglich, wenn der Rückgewähranspruch schon vorher abgetreten war.

1) Lopau, JuS 1972, S. 502 (505); Huber, BB 1970, S. 1234 (1236).

b) Wie ist es nun aber, wenn die Grundsuldabtretung als Verwertungshandlung, zum Zwecke der Befriedigung der Bank, erfolgt?

aa. Eine ausdrückliche Regelung in den Sicherungsverträgen für diesen Fall findet sich nirgends. Doch enthält Ziff. 21 III AGB eine Bestimmung, wonach die "freihändige" Verwertung der Grundsuld ausdrücklich gestattet wird. Voraussetzung ist jedoch nach Ziff. 20 I AGB, u.a., daß der Kunde seinen Verbindlichkeiten bei Fälligkeit nicht nachkommt. Auch soweit ausnahmsweise die AGB zwischen Eigentümer und Bank nicht gelten sollten, muß dem Sicherungsvertrag eine konkludent getroffene Bestimmung desselben Inhalts entnommen werden: die oben angeführte Interessenslage verschiebt sich; der Eigentümer verdient keinen Schutz mehr, da gerade der Fall eintritt, für den die Grundsuld als Sicherheit dienen sollte: die Nichtzahlung der gesicherten Forderung bei Fälligkeit. Von diesem Moment an kann die Bank die Grundsuld verwerten. Wie sie das tut, ob durch zwangsweise Durchsetzung der Grundsuld, die Zwangsvollstreckung in das Grundstück, oder durch "freihändige" Veräußerung, Abtretung an einen Dritten, muß der Bank überlassen bleiben; entscheidend ist ihre Befriedigung.

bb. Zwei Fragen bleiben: Muß die Bank den Eigentümer von der drohenden Verwertung, wenn ja, von deren Art unterrichten? Ist gemeinsame Veräußerung von Grundsuld und Forderung geboten oder ist isolierte Grundsuldabtretung erlaubt?

(a) Zur ersten Frage enthält Ziff. 20 II AGB eine Regelung: danach ist die Androhung der Verwertung nicht erforderlich. Ausdrückliche sicherungsvertragliche Abreden bestehen nicht. Mag auch der Eigentümer ein Interesse an einer Mitteilung haben (er kann etwa die Sicherheit auszulösen suchen), so erscheint die Mitteilung doch nicht zwingend geboten¹⁾.

1) a.A.: Huber, S. 127, 241, 242; BGH WM 1962, S. 673; Scholz, S. 200.

Sind Eigentümer und Schuldner identisch, so ist die Mitteilung gänzlich überflüssig, da der Eigentümer dann wegen seiner Nichtzahlung bei Fälligkeit der Forderung damit das Entstehen der Verwertungsmöglichkeit kennt.

Soweit Nicht-Identität vorliegt, läßt sich die Mitteilungspflicht allenfalls aus dem Treuhand-Charakter des Sicherungsvertrags ableiten. Dieser enthält jedoch allenfalls Sorgfaltspflichten während der Laufzeit der Forderung, nicht aber für die Zeit danach. Der Sicherungsvertrag enthält ja insoweit - konkludent - die Bestimmung, von diesem Moment an dürfe die Verwertung erfolgen. Soweit also eine Mitteilungspflicht sowie die Pflicht postuliert wird, zur Sicherheitsauslösung Gelegenheit zu geben, geht man zu weit. Eine solche Bestimmung enthält der Sicherungsvertrag nicht; die Bank kann keineswegs verpflichtet sein, zunächst nur die eine Art der "Verwertung", nämlich Ablösung durch den Eigentümer, zu suchen und erst in zweiter Linie, wenn das fehlschlägt, von der im Gesetz, § 1147 BGB, vorgesehenen Möglichkeit Gebrauch zu machen. Insoweit besteht auch kein Schutzbedürfnis des Eigentümers: er hat das Haftungsrisiko für den Schuldner übernommen und hat die Folge, Durchsetzung der Grundschuld, zu tragen. Zudem würde mit einer solchen Mitteilungspflicht etc. die Möglichkeit der sofortigen Zwangsvollstreckung aus der Grundschuld, die als jederzeit sofort vollstreckbar bewilligt wurde, entwertet: die Bank will im Verwertungsfalle sofort verwerten können; das erkennt auch der Eigentümer. Man kann insofern geradezu eine gegenteilige Vereinbarung im Sicherungsvertrag erblicken. Ganz abgesehen davon kann bei Durchsetzung des Anspruchs aus § 1147 BGB der Eigentümer immer noch von seinem Ablöserecht Gebrauch machen, § 1142 BGB - analog -; bei Zession der Grundschuld mag der Eigentümer die Ablösungsmöglichkeit beim Zessionar verfolgen. Dieser Möglichkeit geht er nicht verlustig.

(b) Zur zweiten Frage: In Ziff. 21 III AGB verspricht die Bank gemeinsame Abtretung. Gelten die AGB nicht, so ist nach allgemeiner Auffassung¹⁾

1) vgl. Huber, S. 242; Seckelmann, S. 104/5.

auch die isolierte Abtretung zulässig. Fraglich ist dabei, ob die Interessen des Eigentümers hinreichend berücksichtigt werden. Das könnte insbesondere dann nicht der Fall sein, wenn die Forderung zum Teil bezahlt war, die Grundsuld also nur teilweise valutiert ist. Wenn nun lediglich die Grundsuld abgetreten wird, so vermag der Eigentümer dem Zessionar im Regelfall keine Einrede entgegenzuhalten: Nach der herrschenden Meinung bewirkt die Kenntnis des Sicherungscharakters allein nicht Kenntnis der Nichtvalutierung, eine Einrede wäre demnach nicht gegeben; nach der hier vertretenen Meinung besteht zwar die Einrede der ordnungsgemäßen Erfüllung der Forderung; vom Moment der Nichtzahlung der gesicherten Forderung bei Fälligkeit an entfällt aber diese Einrede. Der Eigentümer hat keine Einrede, sofern der Zessionar nicht die Einrede der Nichtvalutierung kennt (was ihm zu beweisen ist!).

Die ganz überwiegende Meinung scheint den Interessen des Eigentümers somit nicht genügend Beachtung zu schenken. Die herrschende Auffassung erreicht den Schutz des Eigentümers im eben angesprochenen Fall jedoch auf einem anderen Weg: nach ihr ist bei teilweiser Nichtvalutierung die Abtretung der Grundsuld nur bis zur Höhe des Nennbetrages der gesicherten Forderung zulässig¹⁾. Wenn das richtig wäre, müßte auch die isolierte Abtretung im obigen Fall zulässig sein.

(Keiner Erörterung bedarf in diesem Zusammenhang die Bestimmung der Ziff. 21 III Satz 2 AGB, wonach die Bank "die Grundsuld . . . nur in einer im Verhältnis zur Forderung angemessenen Höhe" verkaufen darf; denn hier wird gerade der Fall untersucht, daß die AGB nicht gelten).

Unzutreffend erscheint der Ausgangspunkt der herrschenden Meinung: "Würde der Sicherungsnehmer statt die Grundsuld abzutreten - selber die Zwangsvollstreckung in das belastete Grundstück betreiben, so könnte er die Grundsuld nur in Höhe der gesicherten Forderung geltend ma-

1) vgl. Huber, S. 243, m.w.N.

chen"¹⁾.

Denn die Bank hat aus der Grundsuld prinzipiell das Recht, "eine bestimmte Geldsumme aus dem Grundstück" (§ 1191 BGB) zu verlangen. Durch den Sicherungsvertrag wird dieses Recht nur insoweit eingeschränkt, als die Bank sich eine Einrede entgegenhalten lassen muß, soweit die Forderung bezahlt ist. In dieser Höhe hat der Eigentümer eine Einrede. Das bedeutet z. B., daß bei einer Grundsuld von 12.000, -- DM zur Sicherung eines Kredits in Höhe von 10.000, -- DM (übliche Übersicherungsmarge von 10 bis 20 %) der Eigentümer nach Tilgung der Forderung in Höhe von 5.000, -- DM der Geltendmachung der Grundsuld in Höhe von 5.000, -- DM eine Einrede entgegensetzen kann, diese also in Höhe von 7.000, -- DM durchsetzbar bleibt.

Soweit bei deren Verwertung nun eine den Forderungsbetrag übersteigende Summe Erlöst wird, richtet sich der - nach der durch die Grundsuldverwertung erfolgten Tilgung der Forderung - durchsetzbare Rückgewähranspruch nunmehr auf den Übererlös²⁾. Ob dieser Übererlös nun durch Zwangsvollstreckung oder Abtretung erzielt wird, ist belanglos.

Bei der nichtvaluierten Grundsuld ist also für die Bank die Geltendmachung in voller Höhe abzüglich des auf die Forderung bezahlten Betrags möglich. In gleicher Höhe müßte demzufolge die Abtretung möglich sein, im Beispielsfall also in Höhe von 7.000, -- DM. Das bedeutet, daß für den Zessionar, der durch die sicherungsvertragliche Einrede im Regelfall nicht betroffen wird, dann die Geltendmachung der Grundsuld in dieser selben Höhe möglich wird. Da er im Regelfall für die Grundsuld weniger bezahlt hat, im Beispielsfall etwa 5.000, -- DM, würde er die Grundsuld dennoch in Höhe von 7.000, -- DM geltend machen können. (Dem läßt sich nicht entgegenhalten, durch die Verwertung erfolge eine Tilgung der Forderung, dies wisse der Erwerber und müsse die Einrede der getilgten Forderung gegen sich gelten lassen³⁾. Denn wäre dem so, dann könnte der

1) Huber, S. 243.

2) allgemeine Auffassung; Palandt-Degenhart, § 1191, Anm. 4d.

3) vgl. Huber, S. 247, Fußn. 14.

Grundschatlderwerber die Grundschatld überhaupt nicht mehr geltend machen, da die Forderung ganz getilgt wäre und er sich dies entgegenhalten lassen müßte). Der Eigentümer muß letztlich 12.000, -- DM statt geschuldeter 10.000, -- DM zahlen. Er ist somit geschädigt.

Dem läßt sich nur durch folgendes begegnen:

Die Bank ist verpflichtet, bei der Abtretung der Grundschatld in voller Höhe, also inclusive Übersicherungsmarge, den Rückgewähranspruch bzw. die Einrede des Eigentümers hinsichtlich eines die noch ausstehende Forderung übersteigenden Übererlöses "weiterzugeben"¹⁾, etwa indem der Zessionar zu der vertraglichen Übernahme dieses Rückgewähranspruchs verpflichtet wird. Die dabei nötige (§ 414 BGB) Zustimmung des Eigentümers ist ersetzt durch sein Einverständnis in die freihändige Verwertung. Damit wird erreicht, daß der Eigentümer letztlich nicht mehr zahlt, als er nach der gesicherten Forderung zu zahlen hat, und daß der Erwerber letztlich nicht mehr erhält, als er nach Kenntnis der Sachlage erwarten kann²⁾.

Soweit diesen Bedingungen genügt ist, ist der herrschenden Meinung im Ergebnis zuzustimmen: der Eigentümer ist ausreichend geschützt.

Regelmäßig ist das jedoch nicht der Fall.

Auf diesem Wege läßt sich also der von der herrschenden Meinung angenommene Schutz des Eigentümers bei der Abtretung nicht erreichen. Deshalb genügt die Zulassung der isolierten Abtretung nicht den Interessen des Eigentümers.

(c) Werden diese aber durch gemeinsame Abtretung von Grundschatld und Forderung besser gewahrt?

Oben wurde dargestellt, daß die durch Veräußerung eintretende Tilgungswirkung hinsichtlich der Forderung an sich nur zwischen der Bank und dem

1) ebenso: BGH WM 1958, S. 932; vgl. Scholz, S. 376; RG JW 1928, S. 2784.

2) im Ergebnis ähnlich: Scholz, S. 204/5.

Eigentümer Folgen hat. Der Zessionar erwirbt also eine Forderung, die allerdings einredebehaftet ist, § 404 BGB. Die Grundschild ist ebenfalls einredebehaftet, nämlich soweit sie nicht durch eine bestehende Forderung gedeckt ist. Das Bestehen dieser Einrede erfährt der Zessionar notgedrungen, wenn er Grundschild und gesicherte Forderung gemeinsam erwirbt. Hinsichtlich des Bestehens der Einrede ist er damit bösgläubig, § 1157 BGB, und muß diese gegen sich selbst gelten lassen. Er kann die Grundschild also nur in Höhe von 5.000, -- DM durchsetzen. Das wird wirtschaftlich dazu führen, daß er nicht mehr als 5.000, -- DM für die Grundschild zahlen wird. Dann steht er sich nicht schlechter als vorher. Geschäfte aber sind mit dem Erwerb von Grundschilden nicht zu machen.

Damit bleibt festzuhalten: nur die gemeinsame Abtretung von Grundschild und Forderung zu Verwertungszwecken trägt den Interessen des Eigentümers hinreichend Rechnung.

Trägt dies aber auch den Interessen der Bank ausreichend Rechnung? Oft wird diese nur einen Betrag erlangen, der hinter dem Forderungsbeitrag zurückbleibt, im Beispiel etwa 4.500, -- DM. Da nur die gemeinsame Abtretung erlaubt ist, verbleibt der Bank weder Forderung noch Grundschild. Sie hat den Ausfall in Höhe von 500, -- DM zu tragen. Sind damit die Interessen der Bank unzumutbar beeinträchtigt? Wohl nicht; denn die Bank kann selbst die Zwangsvollstreckung aus der Grundschild betreiben. Die Verwertung durch Veräußerung ist nur eine Möglichkeit der Verwertung. Ist diese wirtschaftlich ungünstig, mag die Bank die andere wählen. Daß dies sogar dem Willen der Banken entspricht, zeigt Ziff. 21 III 2 AGB: Sinn der Regelung der nur gemeinsamen Abtretung von Grundschild und Forderung ist es, der Bank bei der Verwertung vollkommen freie Hand zu lassen, sie nur im Eigeninteresse tätig werden zu lassen. Auf diese Weise werden zugleich die Interessen des Eigentümers gewahrt.

Das eben gefundene Ergebnis bleibt damit bestehen. Nur die gemeinsame Abtretung ist erlaubt; sie muß als nach Treu und Glauben verpflichtender Inhalt der sicherungsvertraglichen Pflichten der Bank angesehen werden.

cc. Hieran schließt natürlich sofort die Frage an, inwieweit alle diese Veräußerungsregeln dem Eigentümer überhaupt Schutz bieten.

Dabei ist klar, daß jeder Verstoß gegen solche Regeln die Bank zum Ersatz eventuellen, dem Eigentümer entstehenden Schadens verpflichtet.

Fraglich ist hier nur, inwieweit ein Verstoß gegen diese Regeln dem Zessionar entgegengehalten werden kann.

Diese Regeln leiten sich letztlich aus dem Sicherungsvertrag ab. Der Zessionar braucht sich Einreden nach § 1157 BGB gegenüber der Grundschuld nur entgegenghalten zu lassen, wenn er sie kannte. Wenn er den Sicherungscharakter kennt, kennt er die Abtretungsverbots- bzw. Einschränkungsgesetze¹⁾. Es handelt sich hier jedoch - wie oben gezeigt wurde - nicht um Einreden im Sinne des § 1157 BGB, da das Abtretungsverbot kein Leistungsverweigerungsrecht gegenüber dem Altgläubiger gab. Diese Abtretungsgesetze können allenfalls über §§ 413, 399 BGB Geltung erlangen. § 399 BGB setzt voraus, daß das Abtretungsverbot zum Inhalt des Rechts, bei einem dinglichen Recht also zum "dinglichen Inhalt"²⁾ gemacht wird. Das geht bei der Grundschuld aber nur über den Weg der Eintragung ins Grundbuch, §§ 873, 877 BGB³⁾. Der völlige oder teilweise Ausschluß der Übertragbarkeit eines Rechts ist eine Inhaltsbestimmung des betroffenen Rechts⁴⁾. Unter dem Inhalt eines Grundpfandrechts ist nämlich der Inbegriff aller rechtlichen Befugnisse zu verstehen, die der Berechtigte nach Maßgabe des für ihn eingetragenen Rechts innehat. Dazu gehört auch das Recht auf Veräußerung. Da dies als Normalfall regelmäßiger Inhalt des Rechts ist, bedarf das keiner Eintragung. Soll der In-

1) so im Ergebnis: Palandt-Degenhart, § 1157, Anm. 2; RG Z Bd. 135, S. 357 (362); s. Huber, S. 163; s. auch OLG Köln DNotZ 1970, S. 419 (422) m.w.N.; BGH WM 1969, S. 810.

2) Güthe-TriebeL, vor § 13, Anm. 66.

3) Huber, S. 164.

4) BGH Z Bd. 19, S. 355 (359); RG Z Bd. 136, S. 399; Erman-§ 399, Anm. 2.

halt des Rechts jedoch um diese Befugnis gemindert werden, so ist dazu gemäß §§ 873, 874 BGB zu verfahren, die Einschränkung muß Eingang in den grundbuchmäßig ausgewiesenen Inhalt des Rechts werden¹⁾. § 399 BGB erfaßt dann aber nur den Fall des totalen Abtretungsverbots, nicht dagegen den Fall der Einschränkung der Abtretbarkeit. Das folgt schon aus dem Charakter des § 399 BGB, der eine Ausnahme von § 137 BGB darstellt, wonach ein Abtretungsverbot bezüglich eines an sich abtretbaren Rechts grundsätzlich nur zwischen den Parteien wirkt, also keine dinglichen Wirkungen äußert, und daraus, daß im Grundbuch keine andere schuldrechtliche Regelung als die des Abtretbarkeitsausschlusses in Gänze erscheinen kann²⁾. Erst nach Eintragung muß sich der Zessionar ein (totales!) Abtretungsverbot entgegenhalten lassen, auf seine Kenntnis kommt es nicht an. Die Eintragung eines totalen Abtretungsverbots ist jedoch kaum jemals zu erreichen, da die Bank dem nicht zustimmen wird.

§ 137 BGB besagt im Ergebnis dasselbe:

die Grundsuld kann als an sich übertragbares Recht übertragen werden.

Der Eigentümer ist also - dinglich gesehen - durch die Abtretungseinschränkungen nicht geschützt. Er hat allenfalls Schadensersatzansprüche gegen die Bank.

Bei Einzelrechtsnachfolge an der Grundsuld steht dem Eigentümer damit im Regelfall kein Anspruch aus § 1169 BGB zu. Der sicherungsvertragliche Rückgewähranspruch gegen den alten Grundsuldgläubiger bleibt ihm dagegen erhalten. Soweit im Sicherungsvertrag die Abtretung der Grundsuld erlaubt ist, besteht der schuldrechtliche Rückgewähranspruch gegenüber dem Zessionar, wenn dieser durch Vereinbarung mit der Bank den Sicherungszweck als sich gegenüber geltend anerkannt hat und damit Rückgewährschuldner geworden ist.

1) so OLG Hamm NJW 1968, S. 1289 mw.N.

2) s. OLG München JFG Bd. 16, S. 291 (295); Huber, S. 164, Fußn. 13.

Wenn die Rechtsnachfolge an der Grundsuld kraft Gesamtrechtsnachfolge eintritt, dann stehen sowohl sicherungsvertraglicher wie dinglicher Rückgewähranspruch aus § 1169 BGB dem Eigentümer gegen den Rechtsnachfolger zu, da dieser in die gesamten Rechtsverhältnisse seines Vorgängers, somit auch in den Sicherungsvertrag eintritt.

4.) Rechtsnachfolge bezüglich der gesicherten Forderung

Ein letztes Rechtsnachfolgeproblem kann auftreten, wenn Rechtsnachfolge bezüglich der gesicherten Forderung eintritt.

a) Zunächst ist das durch Abtretung der Forderung möglich.

Hier sind zwei Fragen von Bedeutung: Geht die Grundsuld dabei automatisch mit über oder besteht jedenfalls ein Anspruch des Forderungszessionars auf deren Abtretung?

Gegen wen richtet sich der Rückgewähranspruch?

aa. Ein automatischer Übergang der Grundsuld auf den Forderungszessionar könnte aus § 401 BGB folgen. Die Grundsuld ist ein nicht-akzessorisches Sicherungsrecht und in § 401 BGB nicht genannt. Eine unmittelbare Anwendung der Vorschrift scheidet aus¹⁾.

bb. In Frage kommt eine analoge Anwendung des § 401 BGB. Ausdrücklich aufgeführt sind in § 401 BGB nur bestimmte akzessorische Sicherungsrechte. Insoweit normiert die Vorschrift im Grunde eine Selbstverständlichkeit, da schon aus dem Wesen der Akzessorietät das gemeinsame Schicksal von Forderung und Sicherheit folgt. Nun gibt es außer den genannten akzessorischen Sicherheiten noch andere unselbständige, sichernde Nebenrechte, die ebenfalls nur quasi an die Forderung angelehnt sind, aus ihrer Natur heraus kein eigenes Schicksal haben können. Solche Nebenrechte sind z. B. Vormerkung und noch nicht verwirkte Vertragsstrafen²⁾.

1) vgl. BGH WM 1969, S. 210.

2) vgl. weiter: Palandt-Heinrichs, § 401, Anm. 1 b.

Auf solche Nebenrechte kann § 401 BGB analog angewendet werden, da insoweit eine Gesetzeslücke besteht und hinsichtlich der "Angelehntheit" dieser unselbständigen Nebenrechte eine so starke Ähnlichkeit mit den in § 401 BGB aufgeführten Rechten vorliegt, daß eine analoge Anwendung gerechtfertigt ist¹⁾. Selbständige, nicht-akzessorische Sicherheiten dagegen sind den im § 401 BGB genannten Sicherheiten derart unähnlich, daß eine analoge Anwendung nicht infrage kommt²⁾.

cc. Aus der Rechtsähnlichkeit der selbständigen Sicherungsrechte mit den akzessorischen Pfandrechten wird jedoch seit RG Z Bd. 98, S. 193 und Bd. 91, S. 277, allgemein der Schluß gezogen, § 401 BGB könne u.U. auf selbständige Sicherungsrechte, jedenfalls soweit diese vom Schuldner bestellt sind, in der Weise entsprechend angewendet werden, daß der Gläubiger verpflichtet ist, die selbständigen Sicherungsrechte zu übertragen³⁾. Eine beachtliche Gegenmeinung lehnt diese analoge Anwendung des § 401 BGB mit dem Hinweis auf das persönliche Treueverhältnis zwischen Sicherungsgeber und -nehmer ab, das eine Abtretung der Sicherheit verbiete⁴⁾ bzw. nur erlaube, wenn der Sicherungsgeber zustimme⁵⁾. Dabei ist noch streitig, ob diese Zustimmung ohne weiteres vermutet oder nur aufgrund besonderer Umstände angenommen werden darf⁶⁾. Demge-

1) RG Z Bd. 126, S. 384; Bd. 142, S. 333; Bd. 65, S. 170; Palandt-Heinrichs, a.a.O.

2) RG Z Bd. 135, S. 272 ff.

3) BGH WM 1957, S. 214; Palandt-Heinrichs, § 401, Anm. 1 c; Pfeiffer, NJW 1958, S. 1859/60; Zunft, NJW 1958, S. 1219/20; Seckelmann, S. 126; Scholz, ders., NJW 1962, S. 2228/9, der diesen Anspruch des Zessionars ausdrücklich als "gesetzlichen" Anspruch bezeichnet.

4) vgl. Friedrich, NJW 1969, S. 485/6 m.w.N., insbesondere Fußn. 3.

5) Dempewolf, NJW 1958, S. 979/980.

6) vgl. Justat-Mauer, ZKW 1954, S. 119; RG Z Bd. 89, S. 195; Bd. 91, S. 280; Mauer, ZKW 1955, S. 689; Scholz, NJW 1962, S. 2228; Herzfeld, JR 1958, S. 453/454; Zunft, NJW 1958, S. 1219/20; Pfeiffer, NJW 1958, S. 1859/60; vgl. ähnlich: RG DR 1941, S. 2609; BGH WM 1960, S. 371.

genüber verweist die h.M.¹⁾ den Eigentümer auf einen Schadensersatzanspruch wegen Verletzung des Treueverhältnisses gegen den Zedenten.

Zunächst ist folgendes zur h.M. zu bemerken: was sie befürwortet, ist keine analoge Anwendung des § 401 BGB. Denn eine Analogie setzt voraus, daß ein Sachverhalt gegeben ist, der im Gesetz nicht geregelt ist, aber einem gesetzlich normierten Sachverhalt derart ähnlich ist, daß eine Übertragung der gesetzlichen Regel auf den nicht-normierten Sachverhalt geboten ist. Würde man diese Voraussetzungen hier bejahen, so würde das zur Folge haben, daß die Grundschild automatisch auf den Zessionar der Forderung übergeht, keinesfalls aber eine schulrechtliche Verpflichtung zur "Grundschild"-Übertragung normieren. Der Schluß von der *cessio legis* auf eine *obligatio ex lege* ist jedenfalls nicht im Wege der Analogie zu ziehen²⁾.

Die von der h.M. postulierte Rechtsfolge der Pflicht zur Übertragung nicht-akzessorischer Sicherungsrechte ist nur aus Gesetz oder Rechtsgeschäft ableitbar. Eine gesetzliche Norm findet sich nicht; die einzigen aus einer Abtretung folgenden gesetzlichen Pflichten des Zessionars sind in §§ 402, 403 BGB geregelt. Es bleibt nur eine besondere vertragliche Abrede. Ausdrückliche Regelungen finden sich etwa in banküblichen (Global-)Zessionsverträgen. Jedoch ist auch sonst oft eine - konkludente - vertragliche Abrede der Pflicht zur Übertragung der jeweiligen Sicherheit anzunehmen: § 401 BGB gibt insoweit eine Auslegungsregel für den Parteiwillen. Denn das Gesetz ist nichts anderes als Typisierung von Parteiwillen. § 401 BGB enthält eine gesetzliche Vermutung dafür, daß im Zweifel die Parteien die Abtretung auch der Grundschild gewollt haben, wenn die Forderung abgetreten wird³⁾. Auch die allgemeine vertragliche Obliegenheit, den mit dem Vertrag erstrebten Erfolg möglichst zu fördern, spricht für eine solche Pflicht.

1) Komanns, S. 39; Scholz, a.a.O.

2) Herzfeld, JR 1958, S. 453/4.

3) Küchler, S. 87; Heck, § 96, 2.

Im Ergebnis ist daher im Regelfall eine (vertragliche) Pflicht zur Übertragung der Grundsuld anzunehmen¹⁾, und damit im Ergebnis ein auf stillschweigender Abrede, auf dem Parteiwillen, für den § 401 BGB eine Vermutung und Auslegungsregel gibt, beruhender vertraglicher Anspruch des Forderungszessionars²⁾.

Wenn daher die Geschäftsverbindungs-Forderung abgetreten wird, besteht damit eine auf stillschweigender vertraglicher Absprache beruhende Pflicht zur Übertragung der Grundsuld.

b) Fraglich ist, ob dann, wenn der Forderungsübergang nicht aufgrund "freiwilliger" Abtretung, sondern kraft Gesetzes erfolgt, z.B. aufgrund der §§ 426, 268 oder 774 BGB, ein ähnliches Ergebnis anzunehmen ist. Grundsätzlich findet auf diese Fälle der cessio legis über § 412 BGB die Vorschrift des § 401 BGB Anwendung. Eine unmittelbare oder analoge Anwendung der Vorschrift auf die Grundsuld scheidet jedoch aus. Fraglich ist daher, ob auch in Fällen der cessio legis eine vertragliche oder gesetzliche Verpflichtung des alten Gläubigers zur Übertragung der Grundsuld auf den Neu-Gläubiger angenommen werden kann.

aa. Im Falle des § 774 BGB etwa ließe sich eine solche Verpflichtung aus folgendem herleiten: das Gesetz hat offenbar als typischen Inhalt eines Bürgschaftsvertrags angesehen, daß die Parteien einig sind, daß im Falle der Befriedigung des Gläubigers durch den Bürgen dieser vom Gläubiger die Forderung übertragen erhalten soll. Dieser typische Bürgschaftsvertragsinhalt ist daher in § 774 BGB ausdrücklich normiert worden. Zugleich hat das Gesetz mit §§ 412, 401 BGB zum Ausdruck gebracht, daß es als weiteren typischen Inhalt des Bürgschaftsvertrags Einigkeit nicht nur über den Forderungsübergang, sondern auch aller für die Forderung bestellter Sicherheiten angesehen hat. Insofern läßt sich aus §§ 774, 412, 401 BGB eine stillschweigende vertragliche Abrede zwischen Bürgen und Alt-Gläu-

1) s. Huber, S. 157/8.

2) Küchler, S. 93.

biger entnehmen, bei Forderungstilgung durch den Bürgen diesem die Sicherheiten und damit auch nicht-akzessorische Sicherheiten wie die Grundschuld zu übertragen.

bb. In gleicher Weise läßt sich bei § 268 BGB argumentieren: das Gesetz hat als typisch angesehen, daß Gläubiger und derjenige, der ein Recht an der Sache hat, auf die der Gläubiger Zugriff nimmt, einig sind, daß die Befriedigung des Gläubigers - die ja dessen einziges, auch mit dem Zugriff auf die Sache verfolgtes Ziel ist - zu dessen Forderungsübertragungspflicht führen soll und damit auch von Sicherheiten.

cc. Auch im Rahmen des § 426 BGB läßt sich dasselbe Ergebnis erzielen, da aus § 426 BGB entnommen werden kann, daß das Gesetz den regelmäßigen Vertragsinhalt zwischen Gläubiger und Gesamtschuldner typisieren wollte, daß der Gläubiger für den Fall der Befriedigung durch einen im Innenverhältnis ausgleichungsberechtigten Gesamtschuldner diesem Abtretung der Forderung und der Sicherheiten verspricht.

Auch im Rahmen der kraft cessio legis übergehenden Forderungen besteht also eine vertragliche Pflicht des Gläubigers zur Abtretung der Grundschuld.

c) Eine solche Pflicht kann jedoch dann dem Parteiwillen nicht entnommen werden, wenn eine entgegengesetzte Vereinbarung, nämlich der Nicht-Abtretung der Grundschuld, zwischen Bank und Eigentümer vorliegt¹⁾.

Oben ist festgestellt worden, daß grundsätzlich die Interessen des Eigentümers Vorrang vor denen der Bank beanspruchen. Ausnahmen waren nur für die Fälle besonderen Interesses der Bank anerkannt worden, insbeson-

1) ebenso: Küchler, S. 93; Palandt-Heinrichs, § 401, Anm. 1c; BGH LM Nr. 5 zu § 401; a.A.: Scholz, S. 169, der vom "Vorgehen des § 401 BGB gegenüber dem Übertragungsverbot" spricht.

dere der Refinanzierung. Daraus ist der Schluß zu ziehen, daß nur dann, wenn die Forderungsabtretung im Rahmen solcher, eben genannter Geschäfte und unter Beachtung der obengenannten Voraussetzungen, insbesondere "Weiterleitung des Rückgewähranspruchs", erfolgt, ein der Abtretung der Grundsuld nicht entgegenstehender Parteiwille angenommen werden kann; denn ein auf Bruch der vertraglichen Abreden mit dem Eigentümer gerichteter Wille kann der Bank nicht unterstellt werden, und nur in den genannten Fällen würde sie die Grundsuld erlaubtermaßen abtreten. Nur in solchen Fällen kann daher eine vertragliche - im weitesten Sinne auf einer entsprechenden Anwendung des § 401 BGB beruhende - Pflicht der Bank zur Abtretung der Grundsuld angenommen werden¹⁾.

d) Fraglich ist, wem gegenüber in Fällen der Forderungsabtretung der Rückgewähranspruch besteht.

Im Regelfall wird die Forderung nach dem eben Gesagten ohne die Grundsuld abgetreten werden müssen. Da die Grundsuld bei der Bank verbleibt, richtet sich der Rückgewähranspruch gegen sie. Er ist vom Moment der Forderungszeession an durchsetzbar, da dann keine Forderungen der Bank mehr bestehen kann, die Grundsuld somit keine Forderungen der Bank sichert und damit der Rückgewähranspruch durchsetzbar wird. Ebenso besteht der Anspruch auf § 1169 BGB gegen die Bank.

Soweit dagegen trotz des vertraglichen Abtretungsverbots die Grundsuld mitabgetreten wird, gilt im Ergebnis dasselbe:

Forderungen der Bank existieren nicht, der vertragliche Rückgewähranspruch wird durchsetzbar. Da die Bank die Grundsuld jedoch abgetreten hat, ist ihr die Rückgewähr unmöglich: sie ist zum Schadensersatz ver-

1) ähnlich Herzfeld, JR 1958, S. 453/4; der zu Recht darauf hinweist, die von der herrschenden Meinung postulierte obligatio ex lege bedeute, daß danach das Gesetz einen Übergang der Rechte anordne, nicht aber einen Übergang der Pflichten, somit also die sicherungsvertraglichen Rechte und Pflichten bei verschiedenen Personen lägen; das aber kann nicht Sinn des Gesetzes sein; zu der Frage, ob der Zessionar der Grundsuld damit letztlich einen durchsetzbaren Wert gegenüber dem Eigentümer erhält (insbes. im Falle des § 774 BGB), vgl.: Pawlowski, Ausgleich zwischen Bürgen und Hypothekenschuldner, in: JZ 1974, S. 124 ff.

pflichtet.

Ein Anspruch aus § 1169 BGB kann nur gegenüber dem Grundschuldzessionar infrage kommen: ihm gegenüber besteht jedoch keine dauernde Einrede. Man kann dabei auch nicht sagen, der Zessionar übernehme mit der Abtretung im Zweifel die Rückgewährpflicht¹⁾.

Wird außer der Forderung in obengenannten Ausnahmefällen entsprechend der vertraglichen Pflicht die Grundschuld ebenfalls abgetreten, so wird der Rückgewähranspruch nicht durchsetzbar; zwar bestehen keine Forderungen der Bank, doch ist für derartige Ausnahmefälle kein schützenswertes Interesse des Kunden ersichtlich: eine Durchsetzung des Rückgewähranspruchs würde gegen Treu und Glauben verstoßen.

Soweit die Rechtsnachfolge in die Forderung aufgrund Gesamtrechtsnachfolge eintritt, gelten die oben zur Grundschuldrechtsnachfolge gemachten Erörterungen, wenn Grundschuld - und Forderungsgläubiger identisch sind. Soweit beide von Anfang an, etwa bei einer sog. Treuhänder-Grundschuld, nicht identisch waren, kommt weder eine Anwendung des § 401 BGB infrage, noch findet sonst ein Grundschuldübergang statt. Der Rückgewähranspruch besteht daher nur gegenüber dem bleibenden Grundschuldgläubiger.

Rechtsnachfolge bezüglich der Forderung kann schließlich auch auf Schuldnerseite eintreten.

Soweit dabei die Schuldneridentität aufrechterhalten wird und damit der Sicherungszweck nicht entfällt, hat das auf den Rückgewähranspruch keinen Einfluß.

Soweit jedoch nach dem oben Gesagten der Sicherungszweck entfällt, kann der Eigentümer Rückgewähr der Grundschuld verlangen.

1) wie hier wohl BGH WM 1967, S. 566; a.A.: Scholz, S. 170.

X. "Haftungs-Zusage" und Rechtsnachfolge

Die Rechtsnachfolgeprobleme hinsichtlich der "Haftungs-Zusage" sind im wesentlichen dieselben, wie bei der Grundsuld schon erörtert. Sie sollen daher wegen des engen Sachzusammenhangs mit dem vorangegangenen Kapitel an diesem Punkt dargestellt werden.

1.) Rechtsnachfolge an der gesicherten Forderung

Was geschieht, wenn die Geschäftsverbindungsforderung an einen Einzelrechtsnachfolger übergeht?

Die Forderung wird durch die "Haftungs-Zusage" gesichert. Diese ist als abstraktes Schuldversprechen keine akzessorische Sicherheit. Eine unmittelbare Anwendung des § 401 BGB auf sie scheidet daher aus.

Fraglich ist, ob eine im weitesten Sinne analoge Anwendung des § 401 BGB im oben für die Grundsuld befürworteten Sinne anzunehmen ist.

Wie bei der Grundsuld geht auch bezüglich der Zusage-Forderung der Parteiwille - wie an § 401 BGB abzulesen ist - grundsätzlich dahin, daß eine vertragliche Verpflichtung der Bank zur Übertragung auch der Zusage-Forderung bestehen soll. Diese Pflicht kann jedoch dann dem Parteiwillen nicht entnommen werden, wenn eine entgegengesetzte Vereinbarung, nämlich Nichtabtretung der Zusage-Forderung, zwischen Bank und Eigentümer besteht.

Oben ist eine solche grundsätzliche Vereinbarung für die Grundsuld aus dem Gedanken des Eigentümerschutzes heraus (Vermeidung einer Verschlechterung seiner Rechtsposition) abgeleitet worden.

Auch hier wird man dann ein vertragliches Abtretungsverbot annehmen müssen, wenn dadurch eine Abtretung die Position des Eigentümers verschlechtern würde.

Durch Abtretung der Zusage-Forderung könnte die Rechtsstellung des Eigentümers insoweit verletzt sein, als die Einredemöglichkeiten dem Erwerber gegenüber geringer sind.

Einmal kommt insoweit die Einrede des Rückgewähranspruchs infrage. Oben bereits wurde gesagt, daß der Anspruch auf Rückgewähr der Zusage-Forderung auch dem Erwerber entgegengehalten werden kann, da er bereits dem Alt-Gläubiger gegenüber begründet war, § 404 BGB. Insoweit tritt also durch die Abtretung keine Schmälerung der Rechtsposition des Eigentümers ein.

Dasselbe gilt für die Einrede, daß die Geschäftsverbindungsforderung ordnungsgemäß erfüllt werde.

Eine Schmälerung der Rechtsposition kann jedoch auch insoweit eintreten, als nicht Rückgewähr vom Zessionar verlangt werden kann, daß also die Forderung weiterhin gegenüber dem Eigentümer - wenn auch einredebehaftet - besteht. Der Fall der unentgeltlichen Verfügung über die Zusage-Forderung dürfte nie vorkommen, die Frage der - eventuell entsprechenden - Anwendung des § 822 BGB kann daher dahinstehen. In Frage kommt hier eine Anwendung des § 813 I 1 BGB. Danach kann das zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit Geleistete auch dann zurückgefordert werden, wenn dem Anspruch eine dauernde Einrede entgegenstand.

Geleistet ist in diesem Sinne die Zusage-Forderung. Sie diene letztlich - ebenso wie die Grundschild - der Erfüllung der Geschäftsverbindungs-forderung, wurde erfüllungshalber gegeben¹⁾. Eine Anwendung des § 813 BGB scheidet jedoch aus, weil im Zeitpunkt der Leistung keine dauernde Einrede bestand. Zu denken ist noch an eine entsprechende Anwendung des Rechtsgedankens der §§ 886, 1169, 1254 BGB, 12 SchiffsRegG, die jeweils eine Herausgabe i. w. S. der Sicherheit bei dauernder Einrede gegen den gesicherten Anspruch bzw. die Sicherheit selbst bestimmen. Der ge-

1) dabei mag dahinstehen, ob die erfüllungshalber gegebene Leistung überhaupt Leistung im Sinne des § 813 BGB sein kann.

sicherte Anspruch ist hier nicht einredebehaftet, sondern erloschen. Auch daraus ergibt sich jedoch - wie oben bei § 1169 BGB hinsichtlich der Grundschild gezeigt - eine dauernde Einrede gegen die Sicherheit selbst. Bei Übertragung der darin enthaltenen Rechtsprinzipien, die nicht allein auf der Akzessorietät der Rechte beruhen, ergibt sich hier eine Rückgewährpflicht der Bank. Da diese bereits bei Abtretung begründet war, wirkt sie auch gegenüber dem Erwerber, selbst wenn er gutgläubig war, § 404 BGB.

Etwas anderes könnte man aus § 222 BGB herauslesen. Danach besteht eine Forderung weiter, obwohl ihr die dauernde Einrede der Verjährung entgegensteht (und das Geleistete kann nicht einmal zurückgefordert werden, § 813 BGB). Daraus ist zu schließen, daß trotz dauernder Einrede auch keine Rückgewährpflicht hinsichtlich der Forderung besteht. Nur scheint jedoch daraus, daß das Gesetz das für die Einrede der Verjährung ausdrücklich regelt, eher darauf zu schließen zu sein, daß ansonsten eine Rückgewährpflicht besteht, wenn eine dauernde Einrede gegen eine Forderung gegeben ist.

Im Ergebnis ist also die schon zur Zeit der Abtretung begründete Rückgewährpflicht hinsichtlich der Zusage auch für den Zessionar begründet, § 404 BGB. Eine Schmälerung der Rechte des Eigentümers tritt auch aus diesem Gesichtspunkt nicht ein.

Die Annahme einer der Abtretung der Zusage-Forderung entgegenstehenden vertraglichen Abrede ist daher nicht gerechtfertigt¹⁾. Eine Abtretung der Geschäftsverbindungsforderung zieht die Abtretungspflicht bezüglich der Zusage-Forderung mit sich.

1) a.A.: Hieber, BayNotV 1928, S. 144.

2.) Rechtsnachfolge am Grundstück

Was geschieht nun, wenn das Eigentum am Grundstück an einen Einzelnachfolger übergeht?

Die Zusage-Forderung beruht auf einer Abrede zwischen Bank und Eigentümer, trifft also nur diesen persönlich. Den Grundstückserwerber geht diese Forderung regelmäßig nichts an, Schuldner bleibt der Alt-Eigentümer.

Soweit die Rückgewährpflicht hinsichtlich der Zusage-Forderung durchsetzbar wird, verbleibt der Anspruch auf Rückgewähr bei dem Alt-Eigentümer.

3.) Rechtsnachfolge an der Grundschild

Was ist nun, wenn die Grundschild abgetreten wird? (Hier wird von befügter Abtretung ausgegangen).

Nach §§ 413, 412, 401 BGB gehen alle Nebenrechte mit über, d.h. alle Rechte, die der Realisierung des abgetretenen Rechts dienen, sie erleichtern. Ein solches Recht ist u.a. auch die Zwangsvollstreckungsklausel hinsichtlich der Grundschild (vgl. § 794 I Nr. 5 a.E. ZPO). Sie geht auf den Grundschilderwerber über. Die "Haftungs-Zusage" dagegen dient nicht der Realisierung der Grundschild, sondern der Erleichterung der Durchsetzung der durch diese gesicherten Forderungen, ist also kein "Nebenrecht" der Grundschild. Die "Haftungs-Zusage" geht daher nicht automatisch auf den Grundschilderwerber über¹⁾. Die Frage der analogen Anwendung des § 401 BGB stellt sich nicht, da gar nicht ein Sicherungsrecht der abgetretenen Grundschild in Frage ist.

Die Rechtslage ist also so, daß die Grundschild dem Zessionar zusteht,

1) vgl. Kolbenschlag, DNotZ 1965, S. 205 (210).

die Zusage-Forderung dagegen der Bank¹⁾. Bezüglich eines eventuellen Vorgehens aus beiden Sicherheiten gilt nichts anderes, als wenn sie in einer Hand sind.

4.) Rückgewähr, Gesamtrechtsnachfolge auf Bankseite

Was bezüglich der Rückgewähr der Zusage-Forderung gilt, wenn diese abgetreten wird, ist bereits oben erörtert worden.

Wie aber ist die Lage, wenn auf Bankseite Gesamtrechtsnachfolge eintritt? In diesem Fall geht sowohl Grundsuld als auch Zusage- und Geschäftsverbindungsforderung auf den Rechtsnachfolger über (vgl. etwa §§ 25 HGB, 1922 BGB). Andererseits bleiben dem Eigentümer und Schuldner alle Einreden und Einredemöglichkeiten erhalten ("begründet" in §§ 25 HGB, 1967 BGB). Die Rechtslage ändert sich somit nicht.

Bei Gesamtrechtsnachfolge auf Schuldnerseite ist die Situation dieselbe.

1) Uhlemayr, BayNotV 1930, S. 8 (11), der darauf hinweist, daß potentiell Forderung, Grundsuld und Zusage je verschiedenen Gläubigern zustehen können.

XI. Die Grundschild als Sicherungsmittel für mehrere Forderungen ver-
=====

schiedener Gläubiger
=====

Schon in der Einleitung wurde auf den Vorzug der Grundschild gegenüber der Hypothek hingewiesen, daß sie wegen ihrer Nicht-Akzessorietät die Forderungen verschiedener Gläubiger sichern kann. Die Hypothek ist dafür nicht geeignet, da bei ihr Identität von Forderungsinhaber und Hypothekengläubiger wegen des Akzessorietätsprinzips zwingendes Erfordernis ist (vgl. § 1113 I BGB: "wegen einer ihm zustehenden Forderung").

In der Praxis treten hinsichtlich der Besicherung mehrerer Forderungen verschiedener Gläubiger durch eine Grundschild vornehmlich folgende Fälle auf:

Konsortialkredite - offene und verdeckte, Unterbeteiligungs- und Metakredite -, Konzernkredite und die sog. "Finanzierung aus einer Hand". Unterschiede zwischen ihnen und Bedeutung und praktische Handhabung der Grundschild dabei sollen im folgenden geklärt werden.

1.) Konsortialkredite

Ein Konsortialkredit wird zur Finanzierung eines besonders umfangreichen oder risikobehafteten Geschäfts wegen dieser Umstände von mehreren Banken gewährt. Diese schließen sich dazu zu einer BGB-Gesellschaft zusammen, jeder Konsorte übernimmt eine bestimmte Quote des Kredits. Die konsortialführende Bank schließt den Kreditvertrag mit dem Kunden ab¹⁾.

a) Beim offenen Konsortialkredit tritt die Konsortialführerin bei Kreditvertragsabschluß im eigenen und zugleich im fremden Namen auf, sie handelt für eigene und zugleich fremde Rechnung. Es liegt ein Fall offener

1) vgl. Obermüller, DB 1973, S. 1833; Delorme-Hoessrich, S. 7.

Stellvertretung vor, diese ist im Konsortialvertrag der Konsortialführerin übertragen, §§ 164, 714 BGB; Rechte und Pflichten aus dem Kreditvertrag treffen jeden einzelnen Konsorten unmittelbar und auf der anderen Seite den Kunden¹⁾.

Die Bestellung einer Grundschuld zur Sicherung dieses Kredits erfolgt regelmäßig derart, daß eine Grundschuld für den Gesamtkredit bestellt wird; Grundschuldgläubiger wird die Konsortialführerin. Sie ist somit (Sicherungs-)Treuhänderin des Kunden. Sie hält die Grundschuld dabei jedoch nicht lediglich im eigenen Sicherungsinteresse, da sie nur einen Teil des Gesamtkredits gewährt hat. Die Konsortialführerin hält den ihr eigenes Sicherungsinteresse übersteigenden Grundschuldbestand im Interesse der Mitkonsorten, verwahrt die Grundschuld insoweit uneigennützig; sie ist (Verwaltungs-)Treuhänderin der übrigen Konsorten, meist aufgrund eines sog. Sicherheiten-Poolvertrags zwischen den Konsorten. Es handelt sich hierbei also um eine Doppel-Treuhänderstellung der Konsortialführerin.

Die übrigen Konsorten sind auf diese Weise auch dinglich geschützt; sie sind, obwohl sie nicht selbst die Grundschuldssicherheit halten, diese nicht unmittelbar vom Vermögen des Kunden in ihr Vermögen übergegangen ist, doch Quasi-Sicherungstreuhänder, die lediglich die Verwaltung der Sicherheit einem anderen übertragen haben. Bedenken aus den Gesichtspunkten des Unmittelbarkeitsprinzips oder der Mehrstufigkeit des Besitzes am Grundschuldbrief bestehen dabei nicht: In Fällen der Verwaltungstreuhand dürfte das Unmittelbarkeitsprinzip, das das RG²⁾ anhand von Sicherungstreuhandfällen entwickelt hat, ohnehin nicht gelten, da insoweit Bestimmtheitsgrundsatz und Publizitätsprinzip ausreichende Kri-

1) vgl. Delorme-Hoessrich, S. 22.

2) RG Z Bd. 84, S. 214; Bd. 133, S. 84.

terien für die dingliche Rechtszuständigkeit bilden¹⁾. Selbst wenn man jedoch das Unmittelbarkeitserfordernis nicht aufgeben will²⁾, so muß man es im Sinne der modernen Bereicherungslehre auffassen: Unmittelbar bedeutet insoweit, daß bei Fehlen eines Rechtsgrunds für die fragliche Vermögensverschiebung die Kondition des Treugebers gegen den Treuhänder gegeben wäre³⁾. Der Bereicherungsausgleich zwischen Konsortium und Kunden aber würde sich so vollziehen, daß der Kunde gegen jeden einzelnen Konsorten, deren Vermögen er durch Einbringung der Grundsuld in den Pool zweckgerichtet - Erfüllung des Sicherheitenbestellungsanspruchs - vermehrt hat, einen Kondiktionsanspruch hat⁴⁾. Auch der mehrstufige Besitz an dem Grundsuldbrief - hier handelt es sich um unmittelbaren Eigenbesitz der Konsortialführerin im Rahmen ihres eigenen Sicherungsinteresses, um unmittelbaren Fremdbesitz im Rahmen des Sicherungsinteresses der Mit-Konsorten, diese wiederum sind insoweit mittelbare Besitzer; alle Konsorten zusammen sind wohl Mitbesitzer, teils unmittelbare, teils mittelbare - in dieser Form darf als anerkannt gelten⁵⁾.

Der Sicherungsvertrag wird in diesem Fall des offenen Konsortialkredits zwischen dem Kunden einerseits und allen Konsorten andererseits geschlossen, wobei die Konsorten durch die Konsortialführerin - wie bei Abschluß des Kreditvertrags - handeln. Die Konsorten - besser gesagt: das Konsortium, die Konsortialgesellschaft - haben damit einen Anspruch auf Grundsuldbestellung, der Kunde hat demzufolge nach Abwicklung des Kredits einen durchsetzbaren Rückgewähranspruch gegen das Konsortium,

1) vgl. Thomas, NJW 1968, S. 1705 (insbes. 1706, 8/9) m.w.N.; Obermüller, DB 1973, S. 1833 (1834/5); auch RG Z Bd. 79, S. 121 und BGH NJW 1954, S. 190 und 1959, S. 1223 scheinen in Fällen, in denen die Doppel-Treuhänderstellung offenkundig ist, dieselbe Auffassung zu vertreten.

2) so etwa Serick, II, § 19 II 2 m.w.N.

3) vgl. Obermüller, a.a.O.; Serick, a.a.O.

4) vgl. Obermüller, a.a.O.; vgl. auch Huber, S. 70.

5) vgl. RGRK-Schuster, § 1154, Anm. 15.

die Konsortialgesellschaft. Die Grundschild sichert dabei die Ansprüche des Konsortiums, der Konsorten.

Möglich erscheint auch, daß vereinbart wird, die Grundschild solle "alle Ansprüche aus bankmäßiger Geschäftsverbindung" des Kunden mit der X-, der Y-, der Z-Bank, also allen Konsorten, sichern. In diesem Falle erhält der Kunde erst dann einen durchsetzbaren Rückgewähranspruch gegen das Konsortium, wenn alle Ansprüche jedes einzelnen Konsorten erfüllt sind.

b) Beim verdeckten Konsortialkredit treten die außer der Konsortialführerin beteiligten Konsorten nicht nach außen hin in Erscheinung, die führende Bank schließt den Kreditvertrag allein im eigenen Namen ab. Der Kunde weiß nichts davon, daß die Bank auch auf fremde Rechnung hin tätig wird. Es handelt sich bei diesem Handeln im eigenen Namen auf fremde Rechnung um einen Fall der verdeckten oder mittelbaren Stellvertretung. Berechtigt und verpflichtet aus dem Kreditvertrag ist gegenüber dem Kunden allein die Konsortialführerin. Im Innenverhältnis besteht ein sog. Innenkonsortium, das durch den Abschluß von Einzelgesellschaftsverträgen zwischen der führenden Bank und den einzelnen Konsorten entsteht. Es bestehen daher so viele Einzelkonsortialverhältnisse wie Einzelkonsorten mitwirken; demzufolge bestehen ebensoviele einzelne gesellschaftsrechtliche Verhältnisse¹⁾.

aa. Ein typischer Fall des verdeckten Konsortialkredits ist die sog. Unterbeteiligung, deren Bedeutung in der Praxis jedoch gering ist. Bei der Unterbeteiligung schließt die beteiligende Bank einen Kreditvertrag im eigenen Namen mit dem Kunden ab. Die unterbeteiligte Bank partizipiert an diesem Kreditverhältnis aufgrund eines Gesellschaftsvertrages mit der beteiligenden Bank: die beteiligte Bank ist daher durch Rechtsbeziehungen weder an den Kunden noch andere Unterbeteiligte (noch an andere Konsor-

1) vgl. Delorme-Hoessrich, S. 22.

ten, falls die beteiligende Bank selbst Mitglied eines Konsortiums ist), sondern lediglich an die beteiligende Bank gebunden.

Streng zu unterscheiden von dieser Kreditierungsform ist die Refinanzierung. Gemeinsam ist beiden Fällen der Umstand, daß die beteiligte bzw. refinanzierende Bank der Hausbank des Kunden einen bestimmten Betrag zwecks Finanzierung des Kundenkredits zur Verfügung stellt. Bei der Unterbeteiligung verbindet die Banken jedoch ein Gesellschaftsverhältnis, die beteiligte Bank partizipiert an den Original-Kreditbedingungen gegenüber dem Kunden und nimmt auch an dem Kreditrisiko teil. Bei der Refinanzierung dagegen besteht zwischen den Banken ein Kredit-, ein Darlehensverhältnis, dieses kann andere Kreditkonditionen haben und hat sie gewöhnlich auch, die refinanzierende Bank nimmt nicht am Risiko des Kundenkredits teil, sondern hat einen eigenständigen Rückzahlungsanspruch gegen die refinanzierte Bank.

bb. Eine Sonderform des Innenkonsortiums ist die sog. Metaverbindung. Dabei haben sich mehrere Banken (Metisten) zur Ausführung unbestimmt vieler Geschäfte auf gemeinsame Rechnung für längere Zeit miteinander verbunden; dem Kunden gegenüber tritt nur jeweils ein Metist im eigenen Namen auf. Die Kenntnis des Kunden von der Metaverbindung macht das Verhältnis solange nicht zum offenen Konsortialverhältnis, wie der handelnde Metist im eigenen Namen auftritt. Von der Unterbeteiligung unterscheidet sich die Metaverbindung dadurch, daß sie auf Durchführung einer Vielzahl von Geschäften angelegt ist, die Unterbeteiligung dagegen sich auf ein bestimmtes Einzelgeschäft bezieht und mit dessen Abschluß automatisch endet¹⁾.

Ob auch die verdeckten Konsortialkredite durch Grundschulden gesichert werden können, ist fraglich. In diesen Fällen ist das Offenkundigkeitsprinzip nicht gewahrt: weder für die Allgemeinheit (was allerdings nicht

1) vgl. Delorme-Hoessrich, S. 24/5.

zwingend erforderlich ist) für den Kunden, den Sicherungsvertragspartner, ist erkennbar noch gar offenkundig, daß er die Grundsschuld auch einer anderen als seiner Hausbank gibt. Das Unmittelbarkeitsprinzip ist ebenfalls nicht gewahrt: der Sicherungsvertrag wird zwischen dem Kunden und seiner Hausbank geschlossen; so wenig die beteiligten Konsortialbanken am Kreditverhältnis beteiligt sind, so wenig sind sie am Sicherungsvertrag beteiligt. Der Kunde vermehrt zweckgerichtet in bezug auf Erfüllung des sicherungsvertraglichen Sicherheitenbestellungsanspruchs der Hausbank nur deren Vermögen, nur im Verhältnis zu ihr liegt eine Leistung und damit gegebenenfalls eine Konditionsmöglichkeit vor.

In den Fällen der verdeckten Konsortien sind die stillen Konsorten damit nicht dinglich gesichert¹⁾. Es liegt keine doppelseitige, dinglich wirkende Treuhand vor. Schuldrechtlich dagegen ist das Doppel-Treuhandverhältnis wirksam²⁾.

Die Bestellung von Grundschulden als Sicherheiten für verdeckte Konsortialkredite empfiehlt sich daher nicht. Sollte eine Grundsschuld bestellt sein, so ist der Rückgewähranspruch des Kunden dann durchsetzbar, wenn alle Ansprüche der Hausbank erloschen sind; der Rückgewähranspruch richtet sich gegen die Hausbank als alleinigem Sicherungsvertragspartner.

Lösungsversuche in Gestalt einer Grundschuld- bzw. Forderungsabtretung seitens der Hausbank an die beteiligten Konsorten sind nach dem oben Gesagten zum Scheitern verurteilt³⁾.

1) zu wenig differenzierend: Obermüller, a. a. O.; wie hier: Justat-Mauer, ZKW 1954, S. 119/120.

2) ebenso: Obermüller, a. a. O.; RG Z Bd. 127, S. 344; Serick II, § 19 II 2.

3) vgl. Justat-Mauer, a. a. O.; Thomas, NJW 1968, S. 1705 (1707).

2.) Konzernkredite

Diese Art von Krediten ist bereits weiter oben erörtert worden: eine kreditgebende Bank, die entweder einem Konzern angehört, also eine (von mehreren Tochtergesellschaft(en) einer Muttergesellschaft ist oder selbst Muttergesellschaft mit einer oder mehreren Tochtergesellschaften ist, pflegt in den Kreditvertrag einen sog. Konzernvorbehalt aufzunehmen (ebenso in den Sicherungsvertrag¹⁾); dieser besagt, daß die Sicherheit zur Be-
sicherung aller Forderungen von konzernangehörigen Unternehmen dienen soll²⁾.

Wenn eine Grundschild als Sicherheit gegeben wird, so gilt zunächst einmal alles oben Gesagte³⁾. Weiterhin ist fraglich, ob die erst über die Klausel berechtigten Unternehmen dinglich gesichert sind. Soweit verschiedene Konzernunternehmen zugleich sich offen an dem Kredit beteiligen und die Hausbank dabei im Namen der anderen Konzernangehörigen auftritt, so gilt nichts anderes, als bereits oben zum Konsortialkredit gesagt: es liegt eine dinglich wirksame Doppel-Treuhand vor⁴⁾.

Wenn dagegen in ansonsten derselben Situation die Hausbank zwar die Kreditbeteiligung der anderen konzernangehörigen Unternehmen offenlegt, aber nicht in deren Namen auftritt, so kommen Kredit - wie Sicherungsvertrag nur zwischen Kunden und Hausbank zustande. Nur zwischen ihnen bestehen Leistungsbeziehungen; den Treuhandbegünstigten gegenüber verfolgt der Kunde keinen Leistungszweck, sie sind lediglich Dritte, die mit der an den Sicherungsvertragspartner zur Erfüllung erbrachten Leistung in Berührung kommen. Vom Unmittelbarkeitsprinzip im Sinne des Bereicherungsrechts her muß eine dinglich wirksame Doppel-Treuhand daher abge-

1) vgl. das Formular der Bank für Gemeinwirtschaft.

2) vgl. Obermüller, a.a.O.; Serick, II, §§ 18 I 4, 19 III 3.

3) s.o. Kap. B I 1 am Ende, S. 30 ff.

4) ebenso: Obermüller, a.a.O.; Serick II, § 19 II 2.

lehnt werden. Das Offenkundigkeitsprinzip und Bestimmtheitsprinzip dagegen ist in diesem Fall gewahrt. Dieses ist in Fällen der Doppeltreuhand wohl höher zu bewerten als der Unmittelbarkeitsgrundsatz¹⁾. Das bedeutet: entscheidend ist nicht der Umstand der offenen oder mittelbaren Stellvertretung, sondern der Offenkundigkeit der Zuordnung des dinglichen Rechts. Dieses ist hier eindeutig allen konzernangehörigen Unternehmen zugeordnet. Es liegt ein Fall dinglich wirksamer Doppeltreuhand vor.

Soweit ein Konzernvorbehalt erst nach Grundschuldbestellung vereinbart wird oder Forderungen der treuhandbegünstigten Unternehmen erst später entstehen, erscheint die dingliche Wirksamkeit der Treuhand, soweit sie Treuhandbegünstigte betrifft, fraglich. Soweit man auf das Offenkundigkeitsprinzip abstellt, dürfte dieses gewahrt sein, sofern die treuhandbegünstigten Unternehmen hinreichend bestimmt sind²⁾. Bei Abstellung auf die bereicherungsrechtliche Unmittelbarkeitslehre scheint eine unmittelbare Leistung an diese Konzernangehörigen nicht vorzuliegen³⁾. Jedenfalls dann, wenn ein Konzernvorbehalt erst nachträglich vereinbart wird, ist das richtig: durch nachträgliche Vereinbarung kann die bei der Grundschuldbestellung allein verfolgte Zweckrichtung, nämlich Mehrung des Vermögens der kreditgebenden Bank zwecks Erfüllung des Sicherungsvertrags, nicht "umgebogen" werden auf die übrigen Konzernangehörigen. In diesem Falle kann die dingliche Wirksamkeit der Doppeltreuhand allein aufgrund des Offenkundigkeitsprinzips gerechtfertigt werden⁴⁾. Auch das Offenkundigkeitsprinzip sollte jedoch auf den Leistungszeitpunkt bezogen werden; das gilt jedenfalls dann, wenn eindeutig in diesem Moment die Doppeltreuhand gerade nicht offenkundig war (so bei nachträglicher Ver-

1) überzeugend Thomas, a. a. O.; auch das RG-RGZ Bd. 84, S. 218 gegenüber RG Z Bd. 79, S. 121 - ist davon im Ergebnis nur für Fälle der stillen Stellvertretung abgewichen; in der Tendenz wie hier: BGH NJW 1954, S. 190; 1959, S. 1223.

2) ebenso: Obermüller, a. a. O.

3) so: Obermüller, a. a. O.

4) so: Obermüller, a. a. O.

einbarung des Konzernvorbehalts); anders allenfalls dann, wenn im Leistungszeitpunkt die Doppeltreuhand weder offenkundig vorlag noch nicht bestand, später aber durch irgendwelche Umstände offenkundig wird. Hier liegt daher eine dinglich wirksame Doppeltreuhand nicht vor. Soweit die Forderungen der von Anfang an einbezogenen Konzernangehörigen später entstehen, so ist der Unmittelbarkeitsbegriff im Sinne der Bereicherungslehre gewahrt, wenn die Hausbank auch im Namen der übrigen Konzernangehörigen auftritt; denn diese werden damit Sicherungsvertragspartner, der Kunde verfolgt ihnen gegenüber mit der Grundschuldbestellung einen Leistungszweck. Dieser Fall dürfte jedoch in der Praxis äußerst selten sein. Da auch der Offenkundigkeitsgrundsatz gewahrt ist, ist die Doppeltreuhand dinglich wirksam.

Soweit die Hausbank in diesem Falle lediglich die Konzernangehörigkeit der anderen Unternehmen aufdeckt, ohne in deren Namen aufzutreten, ist die Situation dieselbe wie schon oben erörtert: das Unmittelbarkeitsprinzip ist nicht erfüllt, wohl aber das demgegenüber stärkere Offenkundigkeitsprinzip: Die Doppeltreuhand ist dinglich wirksam. Erforderlich ist lediglich hinreichende Deutlichkeit der treuhandbegünstigten¹⁾ Konzernunternehmen, da ansonsten sowohl unter dem Aspekt des Bestimmtheits- wie des Offenkundigkeitsprinzips wie auch des Unmittelbarkeitsgrundsatzes im Sinne der bereicherungsrechtlichen Lehre - Zweckrichtung der Leistung muß bestimmt genug sein - Bedenken bestehen.

Der Sicherungsvertrag besteht zwischen dem Kunden und der Hausbank. Aufgrund des Konzernvorbehalts in der Zweckerklärung kann der Kunde von seiner Hausbank Rückgewähr erst dann verlangen, wenn keine Forderungen konzernangehöriger Unternehmen bestehen.

1) Ausdruck von Thomas, NJW 1968, S. 1705.

3.) "Finanzierung aus einer Hand"

Die sog. "Finanzierung aus einer Hand" kommt in zwei Arten vor: der - diese Bezeichnungen sollen hier gewählt werden - "echten" und der "unechten" Finanzierung aus einer Hand.

a) Bei der "echten Finanzierung aus einer Hand" wird ein (meist Bau-) Vorhaben eines Bankkunden von der Bank durch einen Kredit finanziert; zugleich beschafft die Bank darüber hinaus Gelder für den Kunden von kooperierenden Instituten, im Regelfall Bausparkassen oder Realkreditinstituten. Dem Kunden gegenüber existiert dabei jedoch nur ein einziger Gläubiger, seine Hausbank. Es handelt sich dabei um sog. Weitergabekredite¹⁾, d. h. um Kredite, die die mit der Hausbank kooperierenden Institute dieser mit der Maßgabe einräumen, sie an den bestimmten Kunden weiterzugeben; dabei bleibt die Hausbank den kreditgebenden Instituten gegenüber zur Rückzahlung verpflichtet. Die Situation gleicht der des Meta-Kredits; denn um einen offenen Konsortialkredit handelt es sich mangels Auftreten der Hausbank im Namen der anderen Institute nicht.

Wird ein solcher Kredit durch eine Grundschuld gesichert, so ist die rechtliche Situation ebenso wie bei den verdeckten Konsortialkrediten²⁾: Legt die Bank die Kooperationsinstitute offen, so entsteht eine dinglich wirksame Doppel-Treuhand; geschieht das nicht, wirkt die Doppel-Treuhand lediglich schuldrechtlich zwischen Hausbank und den kooperierenden Instituten.

Rückgewähransprüche bestehen dann für den Kunden, wenn keine Forderungen seiner Hausbank ihm gegenüber bestehen.

b) Bei der "unechten Finanzierung aus einer Hand" hat der Kunde zwar ebenfalls nur einen Verhandlungs-Partner, seine Hausbank, die für ihn

1) Justat-Mauer, ZKW 1954, S. 119.

2) s. o.

den "Papierkrieg" mit den - ebenfalls mit der Hausbank kooperierenden - anderen Finanzierungsinstituten, im Regelfall Bausparkassen führt. Kredit- und Sicherungsverträge werden jedoch zwischen dem Kunden und allen beteiligten Einzelinstituten geschlossen, wobei die Hausbank die übrigen Institute gegenüber dem Kunden und - so in der Praxis die Regel - den Kunden gegenüber diesen vertreten kann - von der Regel des § 181 BGB wird ausdrücklich befreit -; es bestehen demnach soviel Kredit- und Sicherungsverträge wie Bank-Institute beteiligt sind.

Der Umstand, der diese Finanzierungsform in der Nähe der oben erörterten Kreditformen rückt, liegt darin, daß nur eine Grundsuld zur Sicherung der Kredite aller Gläubiger bestellt wird.

Entgegen vielfach beobachteter Übung in der Praxis, die Grundsuld für die Hausbank als Gläubiger zu bestellen, die diese laut Sicherungsvertrag zu einem jeweils fest bestimmten Teil als Treuhänderin der anderen Institute, zu einem anderen, ebenfalls genau umrissenen Teilbetrag im eigenen Sicherungsinteresse - wobei die Rangverhältnisse der einzelnen Teile ebenfalls genau festgelegt und (Teil-)Abtretungen der beteiligten Banken untereinander für zulässig erklärt sind - halten soll, erscheint folgendes Verfahren zweckmäßiger¹⁾: im Sicherungsvertrag mit dem Kunden wird lediglich vereinbart, die Grundsuld solle "alle Ansprüche aus bankmäßiger Geschäftsverbindung" mit der Hausbank und den anderen beteiligten Instituten sichern; um dem Publizitätsprinzip "in vollem Umfang" Genüge zu tun, kann man noch hinzufügen, die Hausbank werde die Grundsuld, soweit sie ihr eigenes Sicherungsinteresse übersteige, treuhänderisch für die übrigen Institute halten. Im Innenverhältnis der beteiligten Banken untereinander wird die genaue quoten- und rangmäßige Aufteilung der Grundsuld auf die beteiligten Banken dergestalt festgelegt, daß jeder Bank maximal bis zur Höhe eines quoten- und rangmäßig bestimmten Teils der Grundsuld ein Befriedigungsrecht zustehen soll, daß, wenn ihre Forderungen im Verwertungszeitpunkt darunter liegen sollten, nur ein durch deren Höhe begrenzter Grundsuldanteil in Anspruch genommen werden soll;

1) ähnlich inzwischen: vgl. Geschäftsbericht des Bundesverbandes der Deutschen Volksbanken und Raiffeisenbanken, Neuwied 1974, S. 32/3.

im letzteren Fall rücken die (intern) nachrangigen übrigen Banken verhältnismäßig auf, ein evtl. dadurch entstehender Verwertungsüberschuß kann erforderlichenfalls verhältnismäßig unter den Banken aufgeteilt werden, deren Forderungen ihre quotenmäßig festgelegten (internen) Befriedigungsrechte übersteigen. Dieses Verfahren hat den Vorteil, daß die Aufteilung der Grundsuld, die ohnehin nur Bedeutung im Verwertungsfall hat, nicht den Sicherungsvertrag belastet - den Kunden interessiert ohnehin wenig, wie die beteiligten Banken im Verwertungsfalle befriedigt werden -. Im Verhältnis zum Kunden sind alle Geschäftsverbindungs-Ansprüche aller beteiligten Banken gesichert; ihm gegenüber, im Außenverhältnis, tritt eine Quasi-Anwachsung der Befriedigungsrechte der beteiligten Banken an: das bedeutet, daß die jeweilige Höhe der Forderungen der einzelnen Banken für den Kunden gleichgültig sein kann, solange die Gesamtforderungen der beteiligten Banken die Grundsuldsumme nicht (endgültig) unterschreiten; ein Rückgewähranspruch gegenüber seinen Sicherungsvertragspartnern steht ihm nur zu, soweit alle Forderungen aller beteiligten Banken erloschen sind. Denn von keiner der beteiligten Banken kann er kraft der ausdrücklichen Sicherungszweckbestimmung - Sicherung aller Ansprüche aller beteiligten Banken - Rückgewähr verlangen, solange Ansprüche einer dieser Banken bestehen; dann aber kann er von jeder beteiligten Bank aufgrund des Sicherungsvertrags Rückgewähr fordern.

Die dingliche Seite dieser Finanzierungsform ähnelt der der offenen Konsortialkredite; der Unterschied liegt darin, daß dort ein Kreditvertrag mit dem Konsortium, hier mit jeder einzelnen Bank zustande kommt. Gemeinsam ist aber, daß die - für die dingliche Situation entscheidend - Sicherungsverträge praktisch denselben Inhalt haben: Kreditsicherung durch Bestellung einer Grundsuld an die Hausbank, die diese teils im eigenen, teils im fremden Interesse hält. Sowohl Unmittelbarkeitsprinzip im bereicherungsrechtlichen Sinne (Sicherungsvertragserfüllung gegenüber allen beteiligten Banken als Leistungszweck) als auch Bestimmtheits- und Publizitätserfordernis sind gewahrt; es liegt eine dinglich wirksame Doppeltreuhand vor.

XII. Der Gerichtsstand des Rückgewähranspruchs

Bei der Geltendmachung des Rückgewähranspruchs steht der Eigentümer vor einem Problem: Soll er den Anspruch beim Wohnsitz-Gericht des Schuldners (= Grundschuldgläubigers), § 13 ZPO, bzw. beim Niederlassungs-Gericht der Schuldner-Bank, § 21 ZPO, bzw. beim - siehe Ziff. 26 AGB - als zuständig vereinbarten Gericht, § 38 ZPO, oder bei dem ausschließlichen dinglichen Gerichtsstand, § 24 ZPO, geltend machen, der u.a. für alle Klagen maßgebend ist, "durch die eine dingliche Belastung oder die Freiheit von einer solchen" geltend gemacht wird? Selbstverständlich wird diese Frage nur akut, wenn das Gericht des Wohnsitzes bzw. der Niederlassung bzw. das prorogierte ein anderes ist, als das "der belegenen Sache".

Der Umstand, daß der Rückgewähranspruch auf dem Sicherungsvertrag oder ausnahmsweise auf § 812 BGB beruht, also ein schuldrechtlicher Anspruch ist, soll nach der Rechtsprechung des RG¹⁾ die Anwendbarkeit des § 24 ZPO nicht ausschließen. Bei dieser Anwendung des § 24 ZPO wurde jedoch betont, es müsse sich um einen Streit um die materiellrechtliche Existenz der dinglichen Belastung, um das Freisein von der Belastung handeln²⁾, der Streit also das Grundstück selbst betreffen³⁾. Das wurde nur angenommen für Klagen auf Löschung eines dinglichen Rechts⁴⁾.

In der Rechtsprechung des BGH wird jedoch die Anwendbarkeit des § 24 ZPO auf den Rückübertragungsanspruch verneint⁵⁾. Der BGH hat in dieser

1) RG Z Bd. 15, S. 286; RG JW 1921, S. 239.

2) RG Z Bd. 25, S. 384.

3) RG JW 1921, S. 239.

4) so auch die Lehre: Wieczorek, § 24, Anm. B II c 2; Stein-Jonas-Pohle, § 24, Anm. III 3; Zöllner-Degenhart, § 24, Anm. 2 b.

5) BGH NJW 1970, S. 1789; ebenso: Erman-Westermann, § 1191, Anm. 12; Scholz, S. 365.

Entscheidung die Frage, ob die Rechtsprechung des RG über die Anwendbarkeit des § 24 ZPO auf schuldrechtliche, auf Löschung eines dinglichen Rechts gerichtete Ansprüche aufrechtzuerhalten sei, bemerkenswerterweise ausdrücklich offengelassen. Entscheidend sei nicht, daß Löschung und Rückübertragung im wirtschaftlichen Ergebnis in gewisser Hinsicht gleichgestellt werden könnten oder daß der Eigentümer nach Rückübertragung selbst löschen könnte. Entscheidend sei vielmehr, daß der Streit um den obligatorischen Rückübertragungsanspruch von der Frage nach dem Bestand und der rechtlichen Qualifikation der dinglichen Belastung nicht berührt werde. Dieser Streit könne genauso gut zwischen Treugeber und -nehmer einer beweglichen Sache geführt werden, so daß nach der Grund-erwägung des § 24 ZPO, eine richtige Würdigung und sichere Feststellung der Rechtsverhältnisse des Grundeigentums sei vorzugsweise vom Richter der belegenen Sache zu erwarten¹⁾, diese Vorschrift auf solche Fälle nicht angewendet werden könne²⁾.

Bezüglich des Verzichtsanspruchs hat das KG³⁾ entschieden, daß kein Fall des § 24 ZPO vorliege, da gemäß §§ 1168, 1169 BGB eine Eigentümer-grundschuld entstehe und somit eine Änderung einer Grundstücksbelastung, nicht aber ein Freisein des Grundstücks davon begehrt werde. In der Li-teratur verweisen Stein-Jonas-Schumann-Leipold⁴⁾ ausdrücklich auf die Anwendung des § 24 ZPO auch auf den Anspruch aus § 1169 BGB.

Da der Rückgewähranspruch ein einheitlicher Anspruch mit verschiedenen Inhalten ist, muß nach dieser Rechtsprechung der Grundstückseigentümer die Lösung der Frage, auf welche Weise er den Rückgewähranspruch er-füllt wissen will, nicht nur unter dem Gesichtspunkt der materiellen, son-dern auch der prozessualen Zweckmäßigkeit treffen, da sich je nach Wahl

1) vgl. Hahn, S. 154 f.

2) BGH a. a. O.

3) in JW 1926, S. 1595.

4) a. a. O.

der Erfüllung des Rückgewähranspruchs der Gerichtsstand bestimmt. Von dieser Frage der Wahl des Anspruchszieles ist streng die Wahl des Anspruchs als solchem zu unterscheiden: wenn von mehreren, miteinander in Anspruchskonkurrenz stehenden Ansprüchen einer in vollem Umfang in einem ausschließlichen Gerichtsstand geltend zu machen ist, kann der Anspruchsinhaber durch Wahl einer anderen Anspruchsgrundlage keine Änderung dieses Gerichtsstandes herbeiführen¹⁾.

Eine solche Zweigleisigkeit der Gerichtszuständigkeit für einen einheitlichen Anspruch ist unerfreulich. Sie bringt ein beachtliches Maß an Rechtsunsicherheit sowie die Gefahr für den Grundstückseigentümer mit sich, am "falschen" Gericht den "falschen" Rückgewähranspruch geltend zu machen. Es ist daher eine einheitliche Lösung der Frage der Zuständigkeit beim Rückgewähranspruch anzustreben²⁾.

Eine einheitliche Lösung in die Richtung, den Rückgewähranspruch insgesamt der Regelung des § 24 ZPO zu unterwerfen, scheidet aus. Denn zumindest der Rückübertragungsanspruch ist nicht auf die "Freiheit von einer dinglichen Belastung" gerichtet. Er bezweckt gerade die Beibehaltung der Belastung des Grundeigentums zur weiteren Verwendung als Kreditunterlage, mag diese auch noch nicht aktuell geplant sein. Insoweit ist daher dem BGH³⁾ zuzustimmen, daß der Rückübertragungsanspruch dem Gerichtsstand des § 24 ZPO nicht unterliegt. Nach der überzeugenden Entscheidung des KG unterfällt wohl auch der Verzichtanspruch dem § 24 ZPO nicht.

Als einheitliche Lösung bleibt daher nur der Weg, den gesamten Rückgewähranspruch dem Anwendungsbereich des § 24 ZPO zu entziehen. Die Formulierung des § 24 ZPO, "auf Freiheit von einer dinglichen Belastung gerichtet", ist gewiß nicht eindeutig. Als ausschließliche Zuständigkeitsregelung muß die Vorschrift jedenfalls als Aus-

1) vgl. LG Düsseldorf NJW 1973, S. 1047/8.

2) so auch: Erman-Westermann, a.a.O.

3) a.a.O.

nahmeregelung angesehen werden¹⁾. Als solche ist sie eng auszulegen. Eine Einengung ihres Anwendungsbereiches erscheint schon von daher naheliegend.

Ob diese Einengung generell so weit gehen muß, wie Förster-Kann²⁾ vertreten, erscheint allerdings fraglich: nach ihnen gehören hierher nur Klagen, mit denen die Feststellung der Freiheit von der dinglichen Belastung begehrt wird, also nur Löschungsklagen negatorischer Natur, mit denen eine materiell bereits bestehende Freiheit geltend gemacht wird und nicht erst bewirkt werden soll. Nach dieser Auffassung wäre der Rückgewähranspruch in toto dem Anwendungsbereich des § 24 ZPO entrückt: eine materiell bereits bestehende Freiheit des Grundstücks von der Grundschuld tritt bei Zahlungen auf die Forderung nicht ein³⁾.

Für das Maß der Einengung ist entscheidend der Sinn und Zweck der Vorschrift. Der dem § 24 ZPO vom Gesetzgeber beigemessene Sinn wurde oben bereits dargelegt. Auch unter heutigen Maßstäben ist kein anderer Gesichtspunkt als die größere Kenntnis des Richters der belegenen Sache von den Rechtsverhältnissen des Grundeigentums ersichtlich, der eine ausschließliche Zuständigkeitsbegründung für diesen rechtfertigen könnte. Unter dem Aspekt dieses Normzwecks läßt sich eine ausschließliche Zuständigkeit dieses Richters für die Entscheidung über das Bestehen des Rückgewähranspruchs nicht rechtfertigen. Denn dieser basiert allein auf schuldrechtlichen Beziehungen zwischen Grundstückseigentümer und Grundschuldgläubiger; eventuell sogar noch verquickt mit Schuldrechtsbeziehungen zwischen persönlichem Schuldner und Grundschuldgläubiger. Bezüglich dieser aber kann unmöglich vom Richter der belegenen Sache eine größere Kenntnis und bessere Würdigung erwartet werden als vom Richter des allgemeinen Gerichtsstandes.

1) Wieczorek, a. a. O.

2) § 24, 3b, cc.

3) vgl. auch RG JW 1887, S. 11.

Jedenfalls eine ausschließliche Zuständigkeit für die Entscheidung über den Rückgewähranspruch läßt sich daher nicht rechtfertigen; es muß beim "normalen" Gerichtsstand bleiben.

Der Grundstückseigentümer kann daher, gleichgültig welche Erfüllungsart des Rückgewähranspruchs er wählt und geltend macht, immer am Gericht des Wohnsitzes bzw. beim Gericht der Niederlassung des Grundschuldgläubigers Klage gegen diesen auf Rückgewähr erheben¹⁾, es sei denn, ein anderer Gerichtsstand ist vereinbart. Insoweit ist Ziff. 26 AGB zu beachten, wonach Ansprüche gegen die Bank nur am Gerichtsstand der Geschäftsräume der kontoführenden Stelle der Bank eingeklagt werden können²⁾.

1) ebenso: Erman-Westermann, a.a.O.

2) Zu den Problemen, die im Zusammenhang mit der gegenseitigen Bevollmächtigung von Ehegatten und der Vereinbarung eines Gerichtsstandes durch einen von ihnen entstehen können, siehe - überzeugend -: Vollkommer in der Anmerkung zu OLG München NJW 1974, S. 195 ff.

Für die Anwendung der Ziff. 26 AGB ist jedoch die Neuregelung der §§ 29, 38 ff. ZPO durch die sog. Gerichtsstands-Novelle vom 21. 3. 1974 zu beachten, wonach - außer bei Kaufleuten - für Gerichtsstandsvereinbarungen Schriftform erforderlich ist.

D. ANHANG

(Formular-Teil)

I. Grundschuldbestellungs- und Zweckerklärungsformulare verschiedener
=====
Banken und (Bau-)Sparkassen (Auszüge aus einzelnen Formularen)
=====

1.) Bank für Gemeinwirtschaft *7101 2.73 (*739)

Die Grundschuld ist fällig.

II. Wegen des Grundschuldkapitals nebst Zinsen unterwerfe
..... der
sofortigen Zwangsvollstreckung in ... belastete Grundstück, und
zwar in der Weise, daß die Zwangsvollstreckung auch gegen den/die je-
weiligen Eigentümer belasteten Grundstück zulässig sein soll.

IV. verpflichte gegenüber dem jeweiligen Gläubiger der einzu-
tragenen Grundschuld, die im Range vorgehenden und gleichrangigen Hypo-
theken und Grundschulden löschen zu lassen, wenn und soweit sie sich mit
dem Eigentum in einer Person vereinigt haben oder vereinigen werden,
bei Hypotheken auch im Falle des § 1163 Abs. 1 Satz 1 BGB.

Ich/Wir bewillige(n) und beantrage(n), für den jeweiligen Gläubiger der
einzutragenden Grundschuld zur Sicherung der vorbezeichneten Ansprüche
auf Löschung eine Vormerkung/Vormerkungen gemäß § 1179 BGB in Ab-
teilung III des Grundbuchs einzutragen. Die Anträge auf Eintragung der
Grundschuld gemäß Ziffer III/1 und auf Eintragung der Löschungsvormer-
kung(en) sind nicht als einheitlicher Antrag zu behandeln.

Ich/Wir verpflichte(n)
dafür zu sorgen, daß die Briefe der vor- und gleichrangigen Grundpfand-
rechte zur Eintragung der Löschungsvormerkung(en) unverzüglich beim
Grundbuchamt vorgelegt werden.

V. Soweit der in dieser Verhandlung bestellten Grundschuld jetzt oder
künftig andere Grundschulden im Rang vorgehen oder gleichstehen, tre-
te(n) ich/wir hiermit den mit Wegfall des Grundes für die Bestellung
oder Abtretung entstehenden Anspruch gegen den jeweiligen Gläubiger
auf Rückübertragung, Aufhebung und Verzicht dieser Grundschulden - als
zusätzliche Sicherheit neben der hier bestellten Grundschuld - an die
Gläubigerin ab. Für den Fall, daß der Gläubiger einer vorgehenden oder
gleichstehenden Grundschuld bei der Verwertung seiner Grundschuld ei-
nen Betrag erhält, der die durch die Grundschuld gesicherten Forderungen
übersteigt, trete(n) ich/wir hiermit den Anspruch auf Auszahlung des Mehr-

erlöses an die Gläubigerin der hier bestellten Grundschild ab.

Die Abtretung muß dem jeweiligen Gläubiger als Schuldner der abgetretenen Ansprüche angezeigt werden.

VI. Zugleich übernehme(n) ich/wir für den Eingang des Grundschildbetrages nebst Zinsen die persönliche Haftung als Gesamtschuldner, aus der mich/uns die Gläubigerin schon vor der Vollstreckung in das/die Grundstück(e) in Anspruch zu nehmen berechtigt ist und unterwerfe(n) mich/uns auch hinsichtlich dieser Haftung der sofortigen Zwangsvollstreckung in mein/unser gesamtes Vermögen.

VII. 1.) Zahlungen, die an die Gläubigerin geleistet werden, sind nicht auf die Grundschild anzurechnen.

2.) Sämtliche Gerichts- und Notariats-Kosten sowie alle Kosten dieser Verhandlung und ihrer Ausführung trägt der Grundstückseigentümer.

2.) Bank für Gemeinwirtschaft 7102 274

Die Grundschild dient als Sicherheit für sämtliche Ansprüche an Kapital, Zinsen, Provisionen und Kosten jeder Art, die der Bank für Gemeinwirtschaft Aktiengesellschaft mit allen ihren Niederlassungen und den mit ihr verbundenen Bankunternehmen (§ 15 AktG) aus der bankmäßigen Geschäftsverbindung, insbesondere aus laufender Rechnung, Wechseln, Bürgschaften oder aus einem sonstigen Rechtsgrund (z. B. Erwerb von Dritten durch Abtretung oder gesetzlichen Forderungsübergang) gegen mich/uns/die Firma

in ihrer gegenwärtigen oder künftig geänderten Rechtsform, deren Inhaber und Rechtsnachfolger zustehen oder künftig zustehen werden.

Zahlungen, die an die Bank geleistet werden, sind nicht auf die Grundschild anzurechnen. Für die Verzinsung der durch die Grundschild gesicherten Forderungen sind - unabhängig von den eingetretenen Grundschildzinsen - die vereinbarten, gegebenenfalls die banküblichen Zins- und Provisionssätze maßgebend.

Zur Rückübertragung und Aufhebung der Grundschild ist die Bank nicht verpflichtet, solange ihr aus den bezeichneten Rechtsverhältnissen ein Anspruch zusteht.

III. Rückgewähransprüche

Soweit der Grundschild jetzt oder künftig andere Grundschilden im Rang vorgehen oder gleichstehen, trete(n) ich/wir hiermit - soweit dies nicht schon anderwärtig geschehen ist - zur zusätzlichen Sicherung der in Nr. I bezeichneten Ansprüche folgende Ansprüche gegen die jeweiligen Grundschildgläubiger an die Bank ab:

1. den mit Wegfall des Grundes für die Bestellung oder Abtretung entstehenden Anspruch auf Rückübertragung, Aufhebung oder Verzicht dieser Grundschilden

2. für den Fall, daß bei der Verwertung einer vorgehenden oder gleichstehenden Grundschuld ein Betrag erzielt wird, der die durch die Grundschuld gesicherten Forderungen übersteigt, den Anspruch auf Auszahlung des Mehrerlöses.

3.) Commerzbank 377/002
20444 Fassung: Februar 1972

eine jederzeit fällige Grundschuld

II.

Gleichzeitig unterwerfe
in Ansehung der Grundschuld nebst Zinsen der sofortigen Zwangsvollstreckung in d.... mit der Grundschuld belastete Pfandobjekt, und zwar in der Weise, daß die Zwangsvollstreckung aus dieser Urkunde auch gegen den jeweiligen Eigentümer/Erbbauberechtigten d.... Pfandobjekte..... zulässig sein soll. bewillige und beantrage auch die Eintragung dieser Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung in das Grundbuch.

III.

Falls die der bestellten Grundschuld im Range vorgehenden oder gleichstehenden Hypotheken und Grundschulden ganz oder teilweise mit dem Eigentum in einer Person vereinigt sind oder sich mit ihm vereinigen (§§ 1163, 1179 BGB), verpflichte... mich/uns zugunsten des jeweiligen Gläubigers der wie vorseitig in das Grundbuch einzutragenden Grundschuld, diese vorgehenden und gleichstehenden Rechte löschen zu lassen; beantrage ... die Eintragung einer entsprechenden Löschungsvormerkung in das Grundbuch. Der Antrag auf Eintragung der Grundschuld gemäß Ziffer I und II und derjenige auf Eintragung der Löschungsvormerkung sollen nicht als einheitlicher Antrag gelten.

IV.

.... trete ... hiermit den Anspruch auf den Erlös, der im Zwangsversteigerungsverfahren auf die im Sinne von Ziffer III mit dem Eigentum in einer Person vereinigten Grundpfandrechte entfällt, an die Bank ab und werde ... dieser zu gegebener Zeit den Erlös überlassen.
Ferner trete Ansprüche auf Rückgewähr, insbesondere die Ansprüche auf ganze oder teilweise Rückübertragung der Grundschulden sowie auf Abrechnung und Auszahlung des Übererlöses im Falle der Verwertung der Grundschulden, gegen die jeweiligen Gläubiger im Range vorgehender oder gleichstehender Grundschulden, auch wenn diese erst

künftig eingetragen werden, an die Bank ab. Sollten diese Ansprüche ganz oder teilweise einem Dritten zustehen, so trete hiermit auch etwaige Ansprüche auf deren Rückübertragung an die Bank ab.

V.

Die sämtlichen Kosten dieser Verhandlung und der Grundschuldeintragung trägt/tragen der/die Grundschuldbesteller.

4.) Commerzbank AG $\frac{374/00/2}{40224}$ Fassung: Februar 1973

Diese(s) Grundpfandrecht(e) nebst Zinsen und etwaige Ihnen im Zusammenhang mit der Bestellung/Abtretung zusätzlich abgetretene Ansprüche auf Rückgewähr oder Wertersatz dienen zur Sicherung für alle Forderungen, welche der COMMERZBANK Aktiengesellschaft mit ihren sämtlichen Geschäftsstellen gegen

(Name und Anschrift des Kreditnehmers)

aus der Geschäftsverbindung oder aus einem sonstigen Rechtsgrunde gegenwärtig oder künftig zustehen. Im Falle eines Inhaberwechsels, einer Änderung der Rechtsform oder einer Rechtsnachfolge auf seiten des Schuldners sind auch gesichert die Ansprüche aus der künftigen Geschäftsverbindung mit dem neuen Schuldner.

Meine/Unsere Tilgungsleistungen gelten als Zahlungen auf die gesicherte Forderung¹⁾.

1) Dieser Absatz gilt nur, wenn der Sicherungsgeber zugleich Kreditnehmer ist.

Sobald der Schuldner Ihnen gegenüber in Verzug kommt, sind Sie berechtigt, sich wegen der gesicherten Forderung auf Grund des/der vorbezeichneten Grundpfandrechte(s) aus dem Pfandobjekt zu befriedigen. Sie sind auch berechtigt, das/die Grundpfandrecht(e) nach Ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen selbst zu verwerten.

Nach Erlöschen sämtlicher gesicherten Forderungen haben Sie das/die in Anspruch genommene(u) Grundpfandrecht(e) an mich/uns zu benennenden Dritten abzutreten oder auf meinen/unseren Wunsch die Löschung des/der Grundpfandrechte(s) zu bewilligen.

Bis sämtliche Forderungen der Bank gegen den Schuldner getilgt sind, sollen Sie befugt sein, die Eingänge aus dem/den Grundpfandrecht(en) als bare Sicherstellung zu behandeln, unbeschadet Ihres Rechts, sich jederzeit daraus zu befriedigen.

5.) Dresdner Bank Allg. 1624 Fassung November 1974

Die Grundsuld ist fällig.

Wegen des Grundschuldbetrages, der Zinsen und der gesetzlichen Nebenleistungen unterwirft sich der Besteller der sofortigen Zwangsvollstreckung in den belasteten Grundbesitz in der Weise, daß die Zwangsvollstreckung aus dieser Urkunde gegen den jeweiligen Eigentümer/Erbbauberechtigten zulässig ist. Der Besteller bewilligt und beantragt unwiderruflich die Eintragung dieser Unterwerfungserklärung in das Grundbuch.

Der Besteller verpflichtet sich, unwiderruflich gegenüber dem jeweiligen Gläubiger dieser Grundsuld im Grundbuch eingetragene und in Zukunft noch entstehende vor- und gleichrangige Rechte löschen zu lassen; soweit sie sich mit dem Eigentum an dem belasteten Grundbesitz/mit dem Erbbaurecht in einer Person vereinigt haben oder vereinigen werden oder dem Eigentümer/Erbbauberechtigten bestellte Grundschulden handelt, gilt die Verpflichtung für den Fall, daß diese Rechte sich nach einer Abtretung mit dem Eigentum/Erbbbaurecht in einer Person vereinigt haben oder vereinigen werden.

Der Besteller bewilligt unwiderruflich zur Sicherung dieses Anspruchs die Eintragung entsprechender Löschungsvermerkungen für den jeweiligen Gläubiger dieser Grundsuld in das Grundbuch und beantragt die Eintragung bei bereits bestehenden vor- und gleichrangigen Rechten.

Zusätzlich tritt der Besteller seine Ansprüche auf Rückübertragung vor- und gleichrangiger Grundschulden und Grundsuldteile nebst Zinsen sowie seine Ansprüche auf Erteilung einer Löschungsbewilligung, einer Verzichtserklärung, einer Nicht-Valutierungserklärung sowie seine Ansprüche auf Auszahlung des Übererlöses im Verwertungsfalle, soweit ihm diese Ansprüche gegenwärtig oder künftig zustehen, an die Bank ab. Von dem Entstehen dieser Ansprüche wird er der Bank unverzüglich Mitteilung machen.

Zugleich übernimmt der Besteller für die Zahlung des Grundschuldbetrages, der Zinsen und der gesetzlichen Nebenleistungen, und zwar unabhängig von der Eintragung der Grundsuld, hiermit die persönliche Haftung aus der der Gläubiger ihn schon vor der Vollstreckung in den Grundbesitz in Anspruch nehmen kann. Der Besteller unterwirft sich insoweit der sofortigen Zwangsvollstreckung aus dieser Urkunde in sein gesamtes Vermögen.

6.) Deutsche Bank Aktiengesellschaft Fz w 253 7 74

Diese Grundsuld(en) dient/dienen als Sicherheit für alle gegenwärtigen und künftigen - auch bedingten oder befristeten - Ansprüche, die Ihnen oder einer anderen Niederlassung der DEUTSCHE BANK AKTIENGESellschaft gegen mich/uns und/oder gegen den oben bezeichneten Kunden

zustehen und zustehen werden, gleichviel aus welchem Grunde diese Ansprüche entstanden oder auf die Bank übergegangen sein mögen.

Alle Zahlungen werden ausschließlich auf die durch die Grundschild(en) gesicherten Ansprüche verrechnet; eine Verrechnung auf Zinsen und Kapital der Grundschild(en) erfolgt nur, wenn hierüber mit Ihnen eine besondere schriftliche Vereinbarung getroffen ist.

Wenn einer der Schuldner der durch die Grundschild(en) gesicherten Ansprüche in Verzug gerät, sind Sie berechtigt, sich wegen aller durch die Grundschild(en) gesicherten Ansprüche aus dem/den belasteten Grundstück(en) zu befriedigen oder die Grundschild(en) selbst nach Ihren ALLGEMEINEN GESCHÄFTSBEDINGUNGEN zu verwerten. Bis zur vollständigen Erledigung aller gesicherten Ansprüche dürfen Sie die Erlöse aus der/den Grundschild(en) als Sicherheit an Stelle der Grundschild(en) behandeln; aus dieser Sicherheit dürfen Sie sich jederzeit wegen der gesicherten Ansprüche befriedigen.

Nach Erledigung aller gesicherten Ansprüche haben Sie die Grundschild(en), soweit sie von Ihnen nicht in Anspruch genommen worden ist/sind oder - im Falle einer vorläufigen Eigentümergrundschild - diese sich nicht in eine Darlehenshypothek zugunsten der oben bezeichneten Hypothekenbank umgewandelt hat/haben

Diese Erklärung bleibt unverändert in Kraft, auch wenn bei einer Firma, für deren Verbindlichkeiten die Grundschild(en) als Sicherheit dient/dienen, ein Wechsel der Inhaber oder eine Änderung der Rechtsform erfolgt.

Im übrigen gelten Ihre ALLGEMEINEN GESCHÄFTSBEDINGUNGEN.

7.) Deutsche Bank Aktiengesellschaft oo 73o 6 3 75 1

Wegen des Grundschildbetrages und der Zinsen unterwerfe(n) ich/wir mich/uns der sofortigen Zwangsvollstreckung in den belasteten Grundbesitz in der Weise, daß die Zwangsvollstreckung aus dieser Urkunde gegen den jeweiligen Eigentümer des belasteten Grundbesitzes zulässig ist. Ich/Wir bewillige(n) und beantrage(n), daß auch diese Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung in das Grundbuch eingetragen wird.

Für die Zahlung des Grundschildbetrages und der Zinsen übernehme(n) ich/wir die persönliche Haftung, aus welcher die Gläubigerin mich/uns ohne vorherige Zwangsvollstreckung in den belasteten Grundbesitz in Anspruch nehmen kann, und unterwerfe(n) mich/uns auch wegen dieser persönlichen Haftung der sofortigen Zwangsvollstreckung aus dieser Urkunde.

Falls Grundschildbesteller nicht mit dem persönlichen Schuldner identisch ist, ist diese Erklärung von dem/den persönlichen Schuldner(n) abzugeben.

Ich/Wir verpflichte(n) mich/uns dem jeweiligen Gläubiger der mit dieser Urkunde bestellten Grundschuld gegenüber, die ihr in Abt. III im Range vorgehenden und gleichstehenden Rechte

löschen zu lassen, wenn und soweit sie sich ganz oder teilweise mit dem Eigentum an dem belasteten Grundbesitz in einer Person vereinigt haben oder vereinigen werden oder für den eingetragenen Gläubiger nicht zur Entstehung gelangt sind und deshalb dem Eigentümer zustehen. Ich/Wir bewillige(n) und beantrage(n), daß für den jeweiligen Gläubiger der mit dieser Urkunde bestellten Grundschuld Vormerkungen zur Sicherung seines Anspruchs auf Löschung der vorgenannten Rechte gemäß der übernommenen Lösungsverpflichtung in das Grundbuch eingetragen werden. Bei verbrieften Rechten sollen die Vormerkungen eingetragen werden, sobald die Briefe zu diesem Zweck vorgelegt werden.

8.) Deutsche Bank Aktiengesellschaft oo 724 2 75

Diese Grundschuld(en) dient/dienen als Sicherheit für alle gegenwärtigen und künftigen - auch bedingten oder befristeten - Ansprüche, die Ihnen oder einer anderen Niederlassung der DEUTSCHE BANK AKTIENGESellschaft gegen mich/uns oder gegen den oben bezeichneten Kunden zustehen und zustehen werden, gleichviel aus welchem Grunde diese Ansprüche entstanden oder auf die Bank übergegangen sein mögen.

Alle Zahlungen werden ausschließlich auf die durch die Grundschuld(en) gesicherten Ansprüche verrechnet; eine Verrechnung auf Zinsen und Kapital der Grundschuld(en) erfolgt nur, wenn hierüber mit Ihnen eine besondere schriftliche Vereinbarung getroffen worden ist.

Wenn einer der Schuldner der durch die Grundschuld(en) gesicherten Ansprüche in Verzug gerät, sind Sie berechtigt, sich wegen aller durch die Grundschuld(en) gesicherten Ansprüche aus dem/den belasteten Grundstück(en) zu befriedigen oder die Grundschuld(en) selbst nach Ihren ALLGEMEINEN GESCHÄFTSBEDINGUNGEN zu verwerten. Bis zur vollständigen Erledigung aller gesicherten Ansprüche dürfen Sie die Erlöse aus der/den Grundschuld(en) als Sicherheit an Stelle der Grundschuld(en) behandeln; aus dieser Sicherheit dürfen Sie sich jederzeit wegen der gesicherten Ansprüche befriedigen.

Nach Erledigung aller gesicherten Ansprüche haben Sie die Grundschuld(en), soweit sie von Ihnen nicht in Anspruch genommen worden ist/sind oder - im Falle einer vorläufigen Eigentümergrundschuld - diese sich nicht in eine Darlehenshypothek zugunsten der oben bezeichneten Hypothekenbank umgewandelt hat/haben an mich/uns oder auf meinen/unseren Wunsch an einen Dritten abzutreten oder Lösungsbeurteilung zu erteilen.

Soweit der/den obigen Grundschild(en) gegenwärtig und künftig andere Grundschilden im Rang vorgehen oder gleichstehen, wird Ihnen hiermit abgetreten

- a) der Anspruch auf Rückübertragung oder Aufhebung der vorgehenden oder gleichstehenden Grundschilden nebst Zinsen oder auf Verzicht auf diese Grundschilden im ganzen oder in Teilbeträgen nach Wegfall des Grundes, aus dem sie bestellt oder an ihre Gläubiger abgetreten sind;
- b) der Anspruch auf Aushändigung der Grundschildbriefe, soweit solche gebildet worden sind, oder auf Vorlegung derselben beim Grundbuchamt zur Bildung von Teilbriefen.

Ich/Wir verpflichte(n) mich/uns, die schuldrechtlichen Verträge, welche der Bestellung bzw. Abtretung der Ihnen vorgehenden oder gleichstehenden Grundschilden zugrunde liegen, nicht ohne Ihre Zustimmung zu ändern. Sie können verlangen, daß zu gegebener Zeit alle Erklärungen abgegeben werden, die zur völligen oder teilweisen Löschung der vorgehenden oder gleichstehenden Grundschilden im Grundbuch/Erbbaugrundbuch erforderlich sind. Sie sind jedoch nach Ihrer Wahl auch berechtigt, vorgehende und gleichstehende Grundschilden nebst Zinsen, soweit sie Ihnen abgetreten werden, als weitere Sicherheiten für die im ersten Absatz dieser Erklärung bezeichneten Ansprüche zu behalten. Für den Fall, daß der Gläubiger einer vorgehenden oder gleichstehenden Grundschild bei einer Verwertung seiner Grundschild einen Betrag erhält, der die durch die Grundschild gesicherten Forderungen übersteigt, wird Ihnen hiermit der Anspruch auf Auszahlung des Mehrbetrages abgetreten. Sie sind berechtigt, den Ihnen aus dieser Abtretung zufließenden Betrag gegen die im ersten Absatz dieser Erklärung zufließenden Betrag gegen die im ersten Absatz dieser Erklärung bezeichneten Ansprüche zu verrechnen; einen etwaigen Überschuß haben Sie an mich/uns herauszugeben.

Diese Erklärung bleibt unverändert in Kraft, auch wenn bei einer Firma, für deren Verbindlichkeiten die in dieser Urkunde genannten Rechte als Sicherheiten dienen, ein Wechsel der Inhaber oder eine Änderung der Rechtsform erfolgt.

Im übrigen gelten Ihre ALLGEMEINEN GESCHÄFTSBEDINGUNGEN.

9.) Sparkassen 192 o6o 1/75

Die Grundschild ist vom _____ 19 _____ ab mit _____ v.H. jährlich zu verzinsen. Die Zinsen sind jeweils nachträglich am Ende des Kalenderjahres fällig. Zusätzlich ist eine einmalige Nebenleistung in Höhe von _____ DM zu zahlen. Kapital und Nebenleistung der Grundschild können von beiden Teilen jederzeit durch fristlose Kündigung fällig gestellt werden. Die Grundschild soll die erste Rangstelle - soll Rang nach folgenden Vereinbarungen - haben:

Für den Fall der Mahnung, Kündigung oder Geltendmachung der Grundschild bedarf es nicht der Vorlegung des Grundschildbriefes und der sonstigen in § 1160 BGB bezeichneten Urkunden: dieser Verzicht gilt auch für Rechtsnachfolger.

Wegen des Grundschuldkapitals nebst Nebenleistungen unterwirft sich der Eigentümer der sofortigen Zwangsvollstreckung aus dieser Urkunde in das belastete Grundeigentum in der Weise, daß die sofortige Zwangsvollstreckung auch gegen den jeweiligen Eigentümer zulässig sein soll.

2

Der Eigentümer verpflichtet sich, alle im Zeitpunkt der Eintragung der Grundschuld in Abteilung III des Grundbuches eingetragenen gleich- oder vorrangigen Belastungen, wenn und soweit sie sich mit dem Eigentum in einer Person vereinigen oder vereinigt haben oder aus einem anderen Grunde dem Eigentümer bereits zustehen, sofort löschen zu lassen und diesen Anspruch durch Eintragung einer Vormerkung zu sichern.

Der Eigentümer bewilligt und beantragt die Eintragung entsprechender Löschungsvormerkungen zu Gunsten der jeweiligen Gläubigerin der hier einzutragenden Grundschuld.

3

Der Eigentümer tritt hiermit den auch zukünftigen oder bedingten Anspruch auf Rückgewähr aller vor- und gleichrangiger Grundschulden (Anspruch auf Übertragung oder Löschung oder Verzicht sowie auf Zuteilung des Versteigerungserlöses) an die Gläubigerin ab.

Der Eigentümer verpflichtet sich, die Gläubigerin unverzüglich zu unterrichten, wenn ihm ein Gläubigerwechsel bei vor- oder gleichrangigen Grundschulden bekannt wird.

Hat der Eigentümer die Rückgewähransprüche bereits an einen anderen abgetreten, so tritt er hiermit seine künftigen Ansprüche auf Rückgewähr dieser Abtretungen ab.

4

Für die Zahlung des Grundschuldbetrages nebst Nebenleistungen übernimmt der Eigentümer - bei mehreren Personen als Gesamtschuldner - die persönliche Haftung, aus der er ohne vorherige Zwangsvollstreckung in das belastete Grundeigentum in Anspruch genommen werden kann. Er unterwirft sich wegen dieser persönlichen Haftung der Gläubigerin gegenüber der sofortigen Zwangsvollstreckung aus dieser Urkunde in sein gesamtes Vermögen.

5.1 Zahlungen an die Gläubigerin erfolgen nicht unmittelbar zur Tilgung der Grundschuld (Ziff. 1) oder zur Befreiung von der Haftung (Ziff. 4), sondern zur Begleichung der durch die Grundschuld gesicherten persönlichen Forderungen der Gläubigerin. Gesichert sind durch die Grundschuld nebst Nebenleistungen alle bestehenden und künftigen, auch bedingten oder befristeten Forderungen der Gläubigerin gegen

..... - Schuldner -;

handelt es sich um mehrere Personen, so sichert die Grundschuld auch Forderungen gegen jeden einzelnen von ihnen -

an Hauptsumme, Zinsen und Kosten aus und aus der sonstigen Geschäftsverbindung (insbesondere aus laufender Rechnung, Krediten und Darlehen jeder Art und Wechseln) sowie aus Wechseln, die von Dritten hereingegeben werden, Abtretungen oder gesetzlichem Forderungsübergang und auch für den Fall eines Wechsels des Inhabers oder einer Änderung der Rechtsform der schuldnerischen Firma.

5.2 Die Gläubigerin ist berechtigt, auf ihren einseitigen Antrag und ohne den Nachweis der die Fälligkeit der Grundschuld nebst Nebenleistungen oder ihrer schuldrechtliche Ansprüche bedingenden Tatsachen sich eine vollstreckbare Ausfertigung dieser Urkunde sowohl wegen des ganzen Kapitals als auch wegen eines Teiles desselben oder wegen einzelner Zinsraten auf Kosten des Eigentümers erteilen zu lassen.

5.3 Die Gerichts- und Notarkosten sowie alle anderen Kosten dieser Verhandlung und ihrer Ausführung einschließlich der Kosten für Besichtigung des belasteten Grundeigentums durch Beauftragte der Gläubigerin trägt der Eigentümer.

Diese Grundschild(en), nebst allen Nebenrechten, wie Zinsen usw., dient/dienen zur Sicherung aller gegenwärtigen und zukünftigen - auch bedingten und befristeten Ansprüche aus der bankmäßigen Geschäftsverbindung (z. B. aus laufender Rechnung, Darlehen, Wechseln oder Bürgschaften) und der Ansprüche aus von Dritten erworbenen Wechseln und Forderungen der Bank oder eines die Geschäftsverbindung fortsetzenden Rechtsnachfolgers gegen mich/uns, den/die (Kreditnehmer) und zwar auch dann, wenn die Grundschild(en) an einen Dritten abgetreten ist/sind. Zu dieser Abtretung ist die Bank berechtigt. Die Bank ist berechtigt, sich aufgrund dieser Grundschild(en) aus dem/den Grundstück(en) zu befriedigen oder die Grundschild(en) selbst nach den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Bank zu verwerten.

Sämtliche Zahlungen, die aus irgendeinem Grunde an die Bank geleistet werden, sind nicht auf die Grundschild(en), sondern auf die durch die Grundschild(en) gesicherten persönlichen Forderungen zu verrechnen. Ist der Eigentümer nicht zugleich Schuldner der persönlichen Forderungen der Gläubigerin, so gelten seine Zahlungen bis zur vollständigen Befriedigung der Gläubigerin als Sicherheitsleistung.

Wenn in der Person des Kreditnehmers oder des/der Grundstückseigentümer(s) oder deren Firma eine Änderung eintritt, ebenso wenn der Inhaber der Firma wechselt oder Rechtsnachfolge stattfindet - und zwar auch dann, wenn sich die Rechtsform der Firma ändert - so wird dadurch das Recht der Bank zur Inanspruchnahme der Grundschild(en) auch für die nach Eintritt dieser Änderung entstehenden Forderungen nicht berührt.

11.) Volksbank 220 02 dgverlag 6.74

eine jederzeit fällige Grundschild

Gleichzeitig unterwirft sich der Eigentümer wegen aller Ansprüche an Kapital, Zinsen und Kosten, welche der Gläubigerin aus dieser Grundschild zustehen, der sofortigen Zwangsvollstreckung in den mit der Grundschild belasteten Grundbesitz, und zwar in der Weise, daß die Zwangsvollstreckung auch gegen den jeweiligen Eigentümer des Grundbesitzes zulässig sein soll. Er bewilligt und beantragt auch die Eintragung dieser Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung in das Grundbuch.

II. L ö s c h u n g s v o r m e r k u n g

1. Der Eigentümer verpflichtet sich der jeweiligen Gläubigerin der vorstehend bestellten Grundschild gegenüber, sämtliche dieser Grundschild in Abteilung III im Range vorgehenden oder gleichstehenden Rechte

löschen zu lassen, wenn und soweit sie sich mit dem Eigentum in einer Person vereinigen oder schon vereinigt haben. Soweit es sich bei diesen Rechten um Hypotheken handelt, umfaßt die Löschungsverpflichtung auch den Fall des § 1163 Abs. 1 Satz 1 BGB.

2. Zur Sicherung dieses Anspruches bewilligt und beantragt der Eigentümer die Eintragung je einer Löschungsvormerkung zugunsten des jeweiligen Gläubigers der vorstehend bestellten Grundschild im Grundbuch bei den in Ziffer 1 bezeichneten Rechten.

III. Abtretung des Rückübertragungsanspruchs

Der Eigentümer tritt hiermit den Anspruch auf Übertragung der Grundschuld(en), die im Grundbuch

von Band Blatt Abt. III im Betrag von DM eingetragen ist/sind, auch soweit dieser Anspruch bedingt ist oder erst künftig entsteht, an die Gläubigerin ab. Sollten Rückübertragungsansprüche an vorrangigen Grundschulden bereits an Dritte abgetreten sein, so tritt/treten der/die Grundstückseigentümer hiermit seinen/ihren künftigen Anspruch auf Rückgewähr dieser Abtretungen ab.

Abgetreten werden ferner die Ansprüche auf:

1. Herausgabe des Grundschuldbriefes oder auf Vorlegung des Briefes zur Bildung eines Teilgrundschuldbriefes.
2. Rechnungslegung aus dem persönlichen Schuldverhältnis, zu dessen Sicherung die Grundschuld bestellt ist.
3. Herausgabe des Erlöses, soweit dieser die persönliche Forderung des Grundschuldgläubigers im Zwangsversteigerungs- oder Zwangsverwaltungsverfahren oder bei freihändigem Verkauf des Grundstücks und im Falle der Verwertung der Grundschuld durch Verkauf oder Versteigerung übersteigt.
4. Verzicht auf die Grundschuld sowie Aufhebung der Grundschuld und Erteilung einer Löschungsbewilligung in öffentlich beglaubigter Form.

Der Eigentümer bevollmächtigt die Gläubigerin, die Abtretung jederzeit den Grundschuldgläubigern anzuzeigen. Die Gläubigerin ist berechtigt, die Grundschuld(en) löschen zu lassen; der Eigentümer erteilt hierzu jetzt schon seine Zustimmung.

IV. Schuldanerkenntnis

Ich/Wir erkenne/erkennen an, der Gläubigerin/als Gesamtschuldner

DM

in Worten: Deutsche Mark
nebst % Jahreszinsen ab, die Zinsen monatlich/vierteljährlich nachträglich am Monatsende/Quartalsende zahlbar, das Kapital jederzeit und ohne Kündigung fällig, zu schulden.

Ich/Wir ermächtige(n) die Gläubigerin, mich/uns schon vor der Vollstreckung in das Grundstück persönlich in Anspruch zu nehmen.

Ich/Wir unterwerfe(n) mich/uns wegen des vorgenannten Betrages nebst Zinsen der sofortigen Zwangsvollstreckung aus dieser Urkunde in mein/unser gesamtes Vermögen.

V. Schlussbestimmungen

Die Grundschuld und die unter I, III und IV genannten Rechte dienen zur Sicherung aller gegenwärtigen und zukünftigen - auch bedingten und befristeten-Ansprüche aus der bankmäßigen Geschäftsverbindung (z. B. aus laufender Rechnung, Darlehen, Wechseln oder Bürgschaften) und der Ansprüche aus von Dritten erworbenen Wechseln und Forderungen, welche die Gläubigerin oder ein die Geschäftsverbindung fortsetzender Rechtsnachfolger gegen

.....
.....
dessen/deren Firma, deren Inhaber und Rechtsnachfolger (und zwar auch dann, wenn sich die Rechtsform der Firma ändert) erworben hat oder noch erwerben wird. Dies gilt auch, wenn die Grundschild an einen Dritten abgetreten ist; zu dieser Abtretung ist die Gläubigerin berechtigt. Zahlungen, die aus irgendeinem Grunde an die Gläubigerin geleistet werden, sind nicht auf die Grundschild anzurechnen, sondern auf die persönliche Forderung.

Ist der Eigentümer nicht zugleich Schuldner dieser persönlichen Forderung der Gläubigerin, so gelten seine Zahlungen bis zur vollständigen Befriedigung der Gläubigerin als Sicherheitsleistung.

Die Kosten dieser Urkunde und ihres Vollzugs trägt der Eigentümer.

12.) Bausparkasse Schwäbisch Hall AG Da 300 13 100'1.75

8. Wird das Darlehen durch Grundschild gesichert, so gilt folgendes:

- a) Die Bausparkasse ist berechtigt, sich den Grundschildbrief vom Grundbuchamt aushändigen zu lassen (§ 1117 Abs. 2 BGB);
- b) die Grundschild dient der Sicherung aller gegenwärtigen und künftigen Forderungen der Bausparkasse gegen Schuldner und Eigentümer des Pfandobjekts aus jedem Rechtsgrund, auch soweit sie nur gegen einen Schuldner oder Eigentümer des Pfandobjekts begründet sind;
- c) sämtliche Zahlungen werden nur auf die persönliche Forderung der Bausparkasse angerechnet;
- d) die jeweilige Grundschildgläubigerin ist nicht verpflichtet, in einem Zwangsversteigerungsverfahren aus der Grundschild einen Betrag geltend zu machen, der über den persönlichen Anspruch hinausgeht; sie ist auch berechtigt, auf den entsprechenden Erlösanteil (Differenzbetrag) im Verteilungsverfahren zu verzichten;
- e) die Abtretung des Anspruchs auf Rückgewähr dieser Grundschild bedarf der schriftlichen Zustimmung der Bausparkasse;
- f) Wird das Darlehen ganz oder teilweise verbürgt, so ist die Bausparkasse berechtigt, die Grundschild an den Bürgen abzutreten, soweit dieser in Anspruch genommen wird.

.....
9. Soweit dem Grundpfandrecht der Bausparkasse Grundschilden im Range vorgehen oder gleichstehen, tritt der Eigentümer des Pfandobjekts für die Dauer dieses Darlehensverhältnisses hiermit seine sämtlichen Ansprüche, die ihm aus dem Bestehen dieser Grundschilden gegenüber den Grundschildgläubigern jetzt oder künftig zustehen, an die Bausparkasse ab, insbesondere die Ansprüche auf

- a) Rückübertragung, Löschung oder Verzicht der Grundschulden samt Nebenleistungen, und zwar im ganzen oder teilweise;
- b) Herausgabe der Grundschuldbriefe bzw. deren Vorlegung beim Grundbuchamt zwecks Ausfertigung von Teilgrundschuldbriefen;
- c) Abrechnung der Kreditverhältnisse und Herausgabe der die schuldrechtlichen Forderungen der Grundschuldgläubiger übersteigenden Erlösbeträge im Falle der Veräußerung oder Zwangsversteigerung der Objekte sowie der Verwertung der Grundschulden durch Verkauf oder Versteigerung.

13.) Bausparkasse Gemeinschaft der Freunde Wüstenrot K 370 f (1/3)

18. Wird das Darlehen durch Grundschuld gesichert, so gilt folgendes:

- a) Die Grundschuld dient der Sicherung aller Ansprüche der Gläubigerin gegen Schuldner und Eigentümer aus jedem Rechtsgrund;
- b) sämtliche Zahlungen werden nur auf die persönlichen Forderungen der Gläubigerin gegen den Schuldner angerechnet;
- c) die jeweilige Grundschuldgläubigerin ist nicht verpflichtet, in einem Zwangsversteigerungsverfahren aus der Grundschuld einen Betrag geltend zu machen, der über den persönlichen Anspruch hinausgeht; sie ist auch berechtigt, auf den entsprechenden Erlösanteil (Differenzbetrag) im Verteilungsverfahren zu verzichten;
- d) dem Grundschuldbesteller und jedem Eigentümer des Pfandobjektes stehen insoweit als die persönliche Forderung nicht zur Entstehung gelangt oder erlischt nur ein Anspruch auf Löschung oder Verzicht - keine Übertragungsanspruch - zu. Dem jeweiligen Grundschuldgläubiger steht es frei, nach seiner Wahl entweder die Löschung der Grundschuld zu bewilligen oder auf sie zu verzichten. Wählt der Gläubiger die Löschung, so ist jeder Eigentümer des Pfandobjektes verpflichtet, die Grundschuld unmittelbar nach Aushändigung der Lösungsunterlagen löschen zu lassen. Bis zur Eintragung der Löschung oder des Verzichts auf die Grundschuld im Grundbuch kann der jeweilige Grundschuldgläubiger seine Wahl ändern sowie auf den, auf die Grundschuld fallenden Erlös im Verteilungsverfahren verzichten; er kann zu diesen Zwecken schon ausgehändigte Unterlagen (Lösungsbewilligung, Grundschuldbrief usw.) zurückverlangen. Er ist auch berechtigt, Lösungsbewilligungen, Verzichtserklärungen und Grundschuldbriefe an Institute auszuhändigen, die mit der Ausgabe oder Verwaltung von öffentlichen Baudarlehen betraut sind.

19. Soweit dem Grundpfandrecht der Gläubigerin Grundschulden im Range vorgehen oder gleichstehen, tritt der Eigentümer des Pfandobjektes für die Dauer dieses Darlehensverhältnisses hiermit seine sämtlichen Ansprüche, die ihm aus dem Bestehen dieser Grundschulden gegenüber den Grundschuldgläubigern jetzt oder künftig zustehen, an die Gläubigerin ab, insbesondere die Ansprüche auf:

- a) Rückübertragung, Löschung oder Verzicht dieser Grundschulden samt Nebenleistungen, und zwar im ganzen oder teilweise;
- b) Herausgabe der Grundschuldbriefe bzw. deren Vorlegung beim Grundbuchamt zwecks Ausfertigung von Teilgrundschuldbriefen;

- c) Abrechnung der Kreditverhältnisse und Herausgabe der die schuldrechtlichen Forderungen der Grundschnldgläubiger übersteigenden Erlösbe-
träge bei Veräußerung oder Zwangsversteigerung der Objekte sowie
bei Verwertung der Grundschnlden durch Verkauf oder Versteigerung.

14.) Leonberger Bausparkasse Aktiengesellschaft in Leonberg $\frac{D\ 3221}{2/75}$ 30.2.75 Li

12. Wird das Darlehen durch Grundschnld gesichert, so gilt folgendes:

- a) Die Gläubigerin ist berechtigt, sich den Grundschnldbrieff vom Grundbuchamt
aushändigen zu lassen (§ 1117 Abs. 2 BGB);
- b) die Grundschnld dient der Sicherung aller gegenwärtigen und künftigen Forde-
rungen der Gläubigerin gegen Schnldner und Eigentümer aus jedem Rechts-
grund, auch soweit sie nur gegen einen Schnldner oder Eigentümer begründet
sind;
- c) sämtliche Zahlungen werden nur auf die persönlichen Forderungen der Gläu-
bigerin angerechnet;
- d) die jeweilige Grundschnldgläubigerin ist nicht verpflichtet, in einem Zwangs-
versteigerungsverfahren aus der Grundschnld einen Betrag geltend zu
machen, der über den persönlichen Anspruch hinaus geht; sie ist auch be-
rechtigt, auf den entsprechenden Erlösanteil (Differenzbetrag) im Ver-
teilungsverfahren zu verzichten;
- e) dem Grundschnldbestereller und jedem Eigentümer des Pfandobjekts stehen
insoweit, als die persönliche Forderung nicht zur Entstehung gelangt oder
erlischt, nur ein Anspruch auf Löschung oder Verzicht, kein Übertragungs-
anspruch zu. Dem jeweiligen Grundschnldgläubiger steht es frei, nach
seiner Wahl entweder die Löschung der Grundschnld zu bewilligen oder auf
sie zu verzichten.

Bis zur Eintragung der Löschung oder des Verzichts auf die Grundschnld
im Grundbuch kann der jeweilige Grundschnldgläubiger seine Wahl ändern,
sowie auf den auf die Grundschnld entfallenen Erlös im Verteilungsverfahren
verzichten: er kann zu diesen Zwecken schon ausgehändigte Unterlagen
(Löschungsbewilligung, Grundschnldbrieff u. s. w.) zurückverlangen. Er ist
auch berechtigt, Löschungsbewilligungen, Verzichtserklärungen und Grund-
schnldbrieffe an Institute auszuhändigen, die mit der Ausgabe oder Ver-
waltung von öffentlichen Baudarlehen betraut sind.

13. Soweit dem Grundpfandrecht der Gläubigerin Grundschnlden im Rang vorgehen
oder gleichstehen, tritt der Eigentümer des Pfandobjekts für die Dauer des
Darlehensverhältnisses hiermit seine sämtlichen Ansprüche, die ihm aus dem
Bestehen dieser Grundschnlden gegenüber den Grundschnldgläubigern jetzt
oder künftig zustehen, an die Gläubigerin ab.

II. Allgemeine Geschäftsbedingungen

=====
(Auszug aus "Werhahn, Bankbedingungen, Wiesbaden 1973"
=====

Die sich entsprechenden Bestimmungen der AGB der Sparkassen (Fassung 1957 mit Änderungen 1967) und der Privatbanken und Kreditgenossenschaften (Fassung 1969/1970) sind einander zugeordnet; letztere sind mit a), erstere mit b) gekennzeichnet.

1. a) 17. Beendigung der Geschäftsverbindung

(1) Der Kunde und die Bank dürfen mangels anderweitiger Vereinbarungen die Geschäftsverbindung im ganzen oder einzelne Geschäftsbeziehungen nach freiem Ermessen einseitig aufheben. Auch bei einer anderweitigen Vereinbarung ist dieses Recht jederzeit gegeben, wenn ein wichtiger Grund vorliegt; die Bank kann dieses Recht insbesondere dann ausüben, wenn der Kunde unrichtige Angaben über seine Vermögenslage gemacht hat oder eine wesentliche Verschlechterung seines Vermögens oder eine erhebliche Vermögensgefährdung eintritt oder wenn der Kunde der Aufforderung zur Stellung oder Verstärkung von Sicherheiten nicht nachkommt.

Fälligkeit von Krediten

(2) Kredite werden sofort fällig, wenn die Mitgliedschaft des Kunden bei der Bank endet. (Nur Raiffeisenbanken und Volksbanken).

18. Folgen der Beendigung der Geschäftsverbindung

(1) Mit der Beendigung der Geschäftsverbindung wird der Saldo jedes für den Kunden geführten Kontokorrents sofort fällig; von diesem Zeitpunkt ab gilt für Zinsen, Gebühren und Provisionen Ziff. 14 Abs. 3. Der Kunde ist außerdem verpflichtet, die Bank von allen für ihn oder in seinem Auftrag übernommenen Verpflichtungen zu befreien und, soweit dies nicht möglich ist, bankmäßige Sicherheit zu leisten...

... Die Bank darf auch selbst Haftungsverpflichtungen kündigen und sonstige Verpflichtungen, insbesondere solche in fremder Währung, glattstellen sowie diskontierte Wechsel sofort zurückbelasten; die wechsel- oder scheckrechtlichen Ansprüche gegen den Kunden und jeden aus dem Papier Verpflichtungen auf Zahlung des vollen Betrages der Wechsel und Schecks mit Nebenforderungen verbleiben der Bank jedoch bis zur Abdeckung eines etwa vorhandenen Schuldsaldos.

Weitergeltung der Geschäftsbedingungen

(2) Auch nach Beendigung der Geschäftsverbindung gelten bis zu ihrer völligen Abwicklung die Allgemeinen Geschäftsbedingungen weiter.

b) 11. Auflösung der Geschäftsverbindung

(1) Der Kunde und die Sparkasse dürfen mangels anderweitiger Vereinbarung die Geschäftsverbindung im ganzen oder hinsichtlich einzelner Geschäftsvorgänge nach freiem Ermessen einseitig auflösen.

(2) Auch wenn eine anderweitige Vereinbarung getroffen ist, darf die Sparkasse die Geschäftsverbindung aus einem wichtigen Grunde jederzeit beenden. Ein solcher Grund ist insbesondere dann gegeben, wenn

- a) der Kunde unrichtige Angaben über seine Vermögenslage oder über die Vermögenslage seiner Firma gemacht hat;
- b) eine wesentliche Verschlechterung oder eine erhebliche Gefährdung seiner Vermögenslage oder der Vermögenslage seiner Firma eintritt, insbesondere, wenn der Kunde oder seine Firma die Zahlungen einstellt oder erklärt, sie einstellen zu wollen, oder wenn von dem Kunden oder seiner Firma angenommene Wechsel zu Protest gehen oder eine Zwangsvollstreckung gegen den Kunden oder seine Firma eingeleitet wird;
- c) der Kunde eine Gesellschaft ist und die Vermögenslage eines persönlich haftenden Gesellschafters sich verschlechtert hat oder erheblich gefährdet ist oder wenn hinsichtlich eines persönlich haftenden Gesellschafters Änderungen (z.B. Personenwechsel, Todesfall) eingetreten sind;
- d) der Kunde innerhalb einer von der Sparkasse bestimmten Frist der Aufforderung zur Stellung oder Verstärkung von Sicherheiten (Nr. 19 Absatz 5 Satz 1) nicht nachkommt.

(3) Mit der Auflösung der Geschäftsverbindung werden die auf den einzelnen Konten geschuldeten Beträge sofort fällig. Von diesem Zeitpunkt an hat der Kunde statt eines etwa vereinbarten niedrigeren Zinssatzes den jeweils zulässigen Höchstzinssatz zu entrichten. Der Kunde ist außerdem verpflichtet, die Sparkasse von allen für ihn oder in seinem Auftrag übernommenen Verpflichtungen zu befreien und, solange er dieser Verpflichtung nicht nachgekommen ist, der Sparkasse genehme Sicherheiten zu bestellen.

(4) Die Sparkasse ist berechtigt, die für den Kunden oder in seinem Auftrag übernommenen Verpflichtungen zu kündigen und sonstige Verpflichtungen, insbesondere solche in fremder Währung, glattzustellen sowie hereingenommene Wechsel und Schecks sofort zurückzubelasten; die Wechsel- oder scheckrechtlichen Ansprüche gegen den Kunden und jedem aus dem Papier Verpflichteten auf Zahlung des vollen Betrages der Wechsel und Schecks mit Nebenforderungen verbleiben der Sparkasse jedoch bis zur Aufdeckung des etwaigen Schuldsaldos.

(5) Auch nach Auflösung der Geschäftsverbindung gelten bis zu ihrer völligen Abwicklung die Allgemeinen Geschäftsbedingungen weiter.

2.) a.) 19. Leistung bankmäßiger Sicherheiten

(1) Die Bank hat ihrem Kunden gegenüber jederzeit Anspruch auf Bestellung oder Verstärkung bankmäßiger Sicherheiten für alle Verbindlichkeiten, auch soweit sie bedingt oder befristet sind.

Pfandhaftung

(2) Die irgendwie in den Besitz oder die Verfügungsgewalt irgendeiner Stelle der Bank gelangten oder noch gelangenden Wertgegenstände jeder Art (z.B. Wertpapiere, Sammeldepotanteile, Schecks, Wechsel, Devisen, Waren, Konnossemente, Lager- und Ladescheine, Konsortialbeteiligungen, Bezugsrechte und sonstige Rechte jeder Art einschließlich der Ansprüche der Kunden gegen die Bank selbst) dienen, soweit gesetzlich zulässig, als Pfand für alle bestehenden und künftigen - auch bedingten oder befristeten - Ansprüche der Bank gegen den Kunden und gegen Firmen, für deren Verbindlichkeiten er persönlich haftet, gleichviel aus welchem Grunde die Ansprüche entstanden oder auf die Bank übergegangen sind. Es macht keinen Unterschied, ob die Bank den mittelbaren Besitz, die tatsächliche oder rechtliche Verfügungsgewalt über die Wertgegenstände erlangt hat.

Ausschluß von der Pfandhaftung

(3) Abs. 2 gilt nicht für Aktien, bei denen der Erwerb eines Pfandrechtes durch die Bank der Bestimmung des § 71 des Aktiengesetzes unterliegt, sowie für im Ausland ruhende in- und ausländische Wertpapiere.

Umfang der Haftung

(4) Alle der Bank verpfändeten und ihr sonst als Sicherheit dienenden Werte haften auch dann für sämtliche Forderungen der Bank, wenn sie nur für eine besondere Forderung als Sicherheit gegeben worden sind, es sei denn, daß die Haftung für andere Forderungen ausdrücklich ausgeschlossen worden ist.

(4) Alle der Bank verpfändeten und ihr sonst als Sicherheit dienenden Werte wie Grundpfandrechte, Bürgschaften, sicherungsweise übereignete Sachen und abgetretene Forderungen der Bank, wenn sie nur für eine besondere Forderung als Sicherheit gegeben worden sind, es sei denn, daß die Haftung für andere Forderungen ausdrücklich ausgeschlossen worden ist.

(Nur Volksbanken)

Zurückbehaltungsrecht

(5) Die Bank kann ferner ihr obliegende Leistungen an den Kunden wegen eigener - auch bedingter oder befristeter - Ansprüche zurückhalten, auch wenn sie nicht auf demselben rechtlichen Verhältnis beruhen.

Überwachungspflicht des Kunden

(6) Über die Erhaltung und Sicherung aller der Bank als Sicherheit dienenden Sachen und Rechte sowie über den Einzug der ihr haftenden Forderungen, Grund- und Rentenschulden hat der Kunde selbst zu wachen und die Bank entsprechend zu unterrichten.

Freigabe von Sicherheiten

(7) Die Bank ist verpflichtet, auf Verlangen des Kunden Sicherungsgegenstände nach ihrer Wahl freizugeben, soweit der Wert des Sicherungsgutes die vereinbarte Deckungsgrenze nicht nur vorübergehend überschreitet. Ist keine Deckungsgrenze vereinbart, so hat die Bank auf Verlangen des Kunden Sicherungsgegenstände nach billigem Ermessen freizugeben, soweit sie diese nicht nur vorübergehend nicht mehr benötigt.

b.) 19. Art und Umfang der Sicherheiten

(5) Die Sparkasse kann von dem Kunden jederzeit die Bestellung geeigneter oder die Verstärkung bestehender Sicherheiten für alle Ansprüche verlangen, auch soweit sie bedingt oder befristet sind,...

(1) Wertgegenstände jeder Art, die im Laufe der Geschäftsverbindung durch den Kunden oder für seine Rechnung durch Dritte in den unmittelbaren oder mittelbaren Besitz oder sonst in die Verfügungsgewalt irgendeiner Stelle der Sparkasse gelangen (z. B. Wertpapiere einschließlich der Zins-, Renten- und Gewinnanteilscheine, Sammeldepotanteile, Bezugsrechte, Schecks, Wechsel, Devisen, Waren, Konnossemente, Lager- und Ladescheine, Konsortialbeteiligungen, Hypotheken, Grund- und Rentenschulden und sonstige Rechte jeder Art, einschließlich der Ansprüche des Kunden gegen die Sparkasse selbst), dienen, soweit gesetzlich zulässig, als Pfand für alle bestehenden und künftigen, auch bedingten oder befristeten Ansprüche der Sparkasse gegen den Kunden und seine Firma, gleichviel aus welchem Grunde diese Ansprüche entstanden oder auf die Sparkasse übergegangen sind. Unter den gleichen Voraussetzungen und zu dem gleichen Zweck gelten Forderungen des Kunden gegen Dritte als an die Sparkasse abgetreten, sofern über die Forderungen ausgestellte Urkunden in die Verfügungsmacht der Sparkasse gelangen.

(2) Im Ausland ruhende Wertpapiere unterliegen vorbehaltlich anderweiter Vereinbarung dem Pfandrecht nicht.

(3) Verpfändete sowie zur Sicherung übertragene Gegenstände haften auch dann für sämtliche Forderungen der Sparkasse, wenn sie dieser als Sicherheit nur für bestimmte Forderungen oder für Forderungen bestimmter Art gegeben worden sind, es sei denn, daß die Haftung für andere Forderungen ausdrücklich ausgeschlossen worden ist.

(6) Soweit nicht zwingende gesetzliche Bestimmungen entgegenstehen, kann die Sparkasse ihr obliegende Leistungen an den Kunden und seine Firma wegen eigener Ansprüche zurückhalten, auch wenn diese Ansprüche befristet oder bedingt sind oder nicht auf demselben rechtlichen Verhältnis beruhen.

(4) Über die Erhaltung und Sicherung aller der Sparkasse dienenden Gegenstände sowie über den Einzug der ihr haftenden Forderungen, Grund- und Rentenschulden hat der Kunde selbst zu wachen und die Sparkasse entsprechend zu unterrichten.

(5) ... Die Sparkasse ist andererseits verpflichtet, auf Verlangen des Kunden Sicherungsgegenstände nach ihrer Wahl freizugeben, soweit sie diese nach ihrem Ermessen nicht mehr benötigt.

3.) a.) 20. Verwertung von Sicherheiten

(1) Kommt der Kunde seinen Verbindlichkeiten bei Fälligkeit nicht nach oder gerät er mit der Bestellung oder Verstärkung von Sicherheiten in Verzug, so ist die Bank befugt, die Sicherheiten ohne gerichtliches Verfahren unter tunlichster Rücksichtnahme auf den Kunden zu beliebiger Zeit an einem ihr geeignet erscheinenden Ort auf einmal oder nach und nach zu verwerten. Unter mehreren Sicherheiten hat die Bank die Wahl. Sie darf zunächst aus dem sonstigen Vermögen des Kunden Befriedigung suchen.

(2) Einer Androhung der Verwertung, der Innehaltung der Frist und der Ausbedingung sofortiger Barzahlung des Kaufpreises bedarf es nicht. Eine Abweichung von der regelmäßigen Art des Pfandverkaufs kann nicht verlangt werden. Die Bank wird nach Möglichkeit Ort, Zeit und Art der Verwertung mitteilen, ohne aber eine Verpflichtung hierzu zu übernehmen.

21. Einzelheiten der Pfandverwertung

(1) Pfänder, die einen Börsen- oder Marktpreis haben, darf die Bank börsen- oder marktmäßig, andere Pfänder durch öffentliche Versteigerung verwerten. Der Verpfänder ist nicht berechtigt, die Herausgabe von Zins- und Gewinnanteilscheinen der als Pfand haftenden Wertpapiere zu verlangen. Die Bank darf diese Scheine auch vor Fälligkeit ihrer Forderung verwerten und den Erlös als Sicherheit behandeln.

(2) Die Bank darf die ihr als Pfand haftenden Forderungen, Grund- und Rentenschulden schon vor Fälligkeit ihrer Forderung kündigen und einziehen. Der Kunde ist verpflichtet, auf Verlangen der Bank die Zahlung an die Bank auf seine Kosten zu betreiben. Beim Einzug darf die Bank ohne vorherige Befragung des Kunden alle Maßnahmen und Vereinbarungen mit den Drittschuldnern treffen, die sie zur Eintreibung von Forderungen für zweckmäßig hält, insbesondere Stundungen oder Nachlässe gewähren und Vergleiche abschließen. Eine Verpflichtung zum Einzug sowie eine Haftung für seine Durchführung übernimmt die Bank nicht.

(3) Zur Sicherung übertragene Sachen und Rechte darf die Bank nach bestem Ermessen, insbesondere auch freihändig, verwerten. Grund- und Rentenschulden wird die Bank freihändig mangels Zustimmung des Sichertheitsbestellers nur zusammen mit der gesicherten Forderung und nur in einer im Verhältnis zu ihr angemessenen Höhe verkaufen. Im übrigen gelten die Bestimmungen des Abs. 2 entsprechend.

b.) 20. Verwertung von Sicherheiten

(1) Wenn der Kunde seinen Verbindlichkeiten bei Fälligkeit nicht nachkommt oder mit der Bestellung oder Verstärkung von Sicherheiten (Nr. 19 Abs. 5 Satz 1) in Verzug gerät, ist die Sparkasse berechtigt, die Sicherheiten ohne gerichtliches Verfahren unter tunlichster Rücksichtnahme auf den Kunden zu beliebiger Zeit an einem ihr geeignet erscheinenden Ort auf einmal oder nach und nach zu verwerten. Unter mehreren Sicherheiten hat die Sparkasse die Wahl. Sie darf zunächst aus dem sonstigen Vermögen des Kunden Befriedigung suchen.

(2) Einer Anordnung der Verwertung, der Innehaltung einer Frist und der Ausbedingung sofortiger Barzahlung des Kaufpreises bedarf es nicht. Eine Abweichung von der regelmäßigen Art des Pfandverkaufs kann nicht verlangt werden. Die Sparkasse wird nach Möglichkeit Ort, Zeit und Art der Verwertung mitteilen, ohne aber eine Verpflichtung zu übernehmen.

(3) Pfänder, die einen Börsen- oder Marktpreis haben, darf die Sparkasse freihändig durch einen zu solchen Verkäufen ermächtigten Handelsmakler zum laufenden Preis verkaufen; andere Pfänder sind öffentlich zu versteigern. Der Verpfänder ist nicht berechtigt, die Herausgabe von Zins- und Gewinnanteilscheinen der als Pfand haftenden Wertpapiere zu verlangen. Die Sparkasse darf diese Scheine auch vor Fälligkeit ihrer Forderung verwerten und den Erlös als Sicherheit behandeln.

(4) Die Sparkasse darf die ihr als Pfand haftenden Forderungen, Hypotheken, Grund- und Rentenschulden schon vor Fälligkeit ihrer Forderung kündigen und einziehen. Der Kunde ist verpflichtet, auf Verlangen der Sparkasse die Zahlung an die Sparkasse auf seine Kosten zu betreiben. Beim Einzug darf die Sparkasse ohne vorherige Befragung des Kunden alle Maßnahmen und Vereinbarungen mit Drittschuldnern treffen, die sie zur Eintreibung von Forderungen für zweckmäßig hält, insbesondere Stundungen oder Nachlässe gewähren und Vergleiche abschließen. Eine Verpflichtung zum Einzug sowie eine Haftung für seine Durchführung übernimmt die Sparkasse nicht.

(5) Zur Sicherung übertragene Gegenstände darf die Sparkasse nach ihrem Ermessen, insbesondere auch freihändig, verwerten. Grund- und Rentenschulden wird die Sparkasse, falls der Sicherungsgeber nicht einem abweichenden Verfahren zustimmt, auf freihändigem Wege nur zusammen mit der gesicherten Forderung und nur in einer im Verhältnis zu ihr angemessenen Höhe verkaufen. Im übrigen gelten die Bestimmungen des Absatzes 4 entsprechend.

4.) a.) 22. Kosten für Verwaltung und Verwertung von Sicherheiten

Kosten und Auslagen, die bei der Bestellung, Verwaltung und Verwertung von Sicherheiten sowie durch die Inanspruchnahme von Mitverpflichteten erwachsen, wie Lagergelder, Kosten der Beaufsichtigung, Versicherungsprämien, Vermittlerprovisionen und Prozeßkosten, gehen zu Lasten des Kunden.

b.) 22. Kosten und Auslagen

Kosten und Auslagen, die bei der Bestellung, Verwaltung und Verwertung von Sicherheiten sowie durch die Inanspruchnahme von Mitverpflichteten erwachsen (z. B. Lagergelder, Kosten der Beaufsichtigung, Versicherungsprämien, Provisionen und Prozeßkosten) einschließlich der dadurch begründeten steuerlichen Verpflichtungen gehen zu Lasten des Kunden.

L e b e n s l a u f

Am 19. September 1948 wurde ich als ältester Sohn des Bankdirektors Erwin Petri und seiner Ehefrau Hildegard, geb. Schwarzwald, in Ahaus/Westf. geboren.

Vier Jahre lang besuchte ich die Volksschule in Stadtlohn und weitere neun Jahre lang das altsprachliche Alexander-Hegius-Gymnasium in Ahaus, an dem ich im Jahre 1967 das Abitur ablegte. Seit dem Wintersemester 1967/68 studierte ich Rechtswissenschaften an der Westfälischen Wilhelms-Universität in Münster und bestand am 15. Januar 1972 meine Erste Juristische Staatsprüfung vor dem Oberlandesgericht in Hamm.

Vom 1. März 1972 an war ich Referendar beim Landgericht in Münster, bis ich am 28. Oktober 1974 vor dem Landesjustizprüfungsamt in Düsseldorf meine Zweite Juristische Staatsprüfung ablegte.

